ÍNDICE

Nota del editor 13

Palabras liminares 47

El árbitro de emergencia 51
Ana María Arrarte Arisnabarreta
Kelly Patricia Villa Tejada

Justicia climática y arbitraje: una herramienta
de resolución de controversias medioambientales
y una oportunidad de contribución al cambio 108
Adriana Vaamonde Marcano

Medidas cautelares en el arbitraje internacional:
cuestiones de jurisdicción 141
Andrea Hulbert

Ejecución de laudos: ¿es el arbitraje eficaz en el Perú? 171
Angela Cámara Chumbes

The role of arbitration and ADR in the race to net zero 211
Asya Jamaludin

El arbitraje electrónico como modelo
de arbitraje ecológico: un instrumento para la resolución
de conflictos apoyando la sostenibilidad del planeta 239
Carmen Parra Rodríguez

Nociones fundamentales del arbitraje comercial 263
Carolina Castellanos López

El arbitraje como mecanismo óptimo
para solucionar controversias derivadas del problema de agencia 280
Claudia Beatriz Paccieri Rojas

Aspectos jurisdiccionales del contencioso Estado-inversionista
generado a partir de laudos comerciales internacionales 301
Diana Correa

El principio de separabilidad, la Convención de Nueva York
y el fallo Enka vs. Chubb: en honor a Emmanuel Gaillard 343
Dyalá Jiménez

La anulación del laudo en el Perú 372
Fiorella Vanessa Casaverde Cotos

El arbitraje y la transición energética 393
Gianna Macchiavello Casabonne

Aproximación a la aplicación práctica de la sustitución
o recusación de los árbitros cuyo laudo ha sido anulado.
A propósito de la vigencia del Decreto de Urgencia n.º 020-2020 409
Gina Vargas Herrera

El tribunal incompleto 429
Gisselle Moreno Cavallini

Prisma para el contenido y redacción del laudo 446
Hortencia Rozas Olivera

Algunas notas sobre el laudo 463
Irma Rivera-Ramírez

Deberes del árbitro que exceden la vigencia del cargo 482
Jenifer Alfaro Borges

Arbitraje de conciencia 505
Joyce Pamela Poves Montero

La ética en el arbitraje: el deber de revelación
en el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado 521
July Anne Carol Escajadillo Lock

En busca de un árbitro conciliador 538
Karina Zambrano Blanco

La conciliación como mecanismo alternativo a la solución
de conflictos en el Perú.
Una propuesta fortalecida para el bicentenario 554
Lesly Nadir Shica Seguil

Algunas consideraciones sobre la constitucionalización
del arbitraje y los alcances del control constitucional 577
Lourdes Flores Nano

Las instituciones arbitrales, un ejercicio ético 638
Ludovina Villanueva

La falta de diversidad en el arbitraje de inversiones
y cómo enfrentarlo 653
Margie-Lys Jaime

Ley del contrato principal y ley del acuerdo arbitral
en el marco del arbitraje internacional: separabilidad,
autonomía de la voluntad, principio de validación
y derecho aplicable a falta de elección 673
María Antonieta Delgado Menéndez
María del Carmen Delgado Menéndez

El balance entre la justicia pública y la justicia privada en la contratación pública 727
María Claudia Castro Guillén

La obligatoriedad de la junta de resolución de disputas: hacia un enfoque de gestión colaborativa en los contratos de obra pública 776
María del Carmen Padilla

Los retos del arbitraje institucional como columna vertebral del arbitraje 799
María del Carmen Tovar Gil

Yo, mujer, árbitro, perito y adjudicadora 817
María Eliana Rivarola Rodríguez

Revisión de las críticas al sistema arbitral y la implementación del procedimiento arbitral abreviado 830
María Emilia Grijalva Reyes

Los retos del arbitraje después de la pandemia 865
María Hilda Becerra Farfán

Consent of weaker parties in international arbitration: reality or fiction? 889
María Paula Patrón Barceló

¿Aquí no, pero allá sí? Análisis del contradictorio en el trámite de las medidas cautelares solicitadas judicialmente antes de la constitución del tribunal arbitral 935
Medaly Claudia Rojas Ventura

Novedades en el arbitraje internacional: enmiendas
a las normas Ciadi y las nuevas directrices sobre estándares
de la práctica en el arbitraje internacional 952
Mélida N. Hodgson

Desequilibrio en el arbitraje con el Estado 974
Milagros Maraví Sumar

Consolidación del arbitraje y mediación en Argentina.
Hacia un servicio de justicia eficiente 996
Myriam Inés Costilla

Periodo de enfriamiento y tutela cautelar previa
a la constitución del tribunal arbitral: ¿es posible iniciar
un arbitraje de emergencia durante el periodo de enfriamiento? 1015
Patricia Cruz Trabanino

Arbitraje en equidad: su evolución en el tiempo 1034
Patricia Vera Nieto

Los medios alternativos de solución de conflictos en el año 2021 1067
Rocío Cano Guerinoni

La mujer en el arbitraje y la consolidación de los derechos 1087
Roxana Sotomarino Cáceres

La omisión del deber: entre la confidencialidad y la revelación 1104
Ruth Elena Yupanqui Torres

Reflexiones sobre algunos problemas presentados
en la ejecución de laudos arbitrales 1191
Sandra Montes Gózar

Medidas cautelares en el arbitraje 1209
Sheilah Vargas Soto

La trayectoria de la Ley de Arbitraje brasileña 1241
Silvia Rodrigues Pachikoski

Del arbitraje a los *dispute boards* en los proyectos
de infraestructura: un cambio de paradigma necesario 1261
Tatiana Herrada Sánchez

Todos pierden: problemas que se generan cuando un plazo
acordado para la presentación de los escritos postulatorios
es modificado por el tribunal arbitral a la sola solicitud
de una de las partes 1311
Verónica Rosas Berastain
Massiel Silva-Santisteban Amésquita

Tecnología + transparencia: la llave del éxito
para las mujeres árbitros 1348
Verónica Sandler Obregón

Reevaluando la prueba testimonial en el arbitraje
con el apoyo de la psicología 1356
Vickhy Sonia Goicochea Lecca

El poder regulatorio de un Estado. Un análisis del lenguaje
del Acuerdo Transpacífico de Asociación Económica (TPP)
¿Puede el lenguaje del TPP seguir contribuyendo
al sistema internacional de inversiones? 1401
Yurica Ramos Montes

Las juntas de resolución de disputas en contratos de obra pública:
ventajas y dificultades 1417
Zita Aguilera Becerril

El arbitraje frente a los esquemas fraudulentos
(el levantamiento del velo societario en sede arbitral) 1439
Roxana Jiménez Vargas-Machuca

NOTA DEL EDITOR

El 6 de diciembre del año 2006, en la Sala de Conferencias del Centro Cultural de la Pontificia Universidad Católica del Perú, presentamos el volumen 1 de la *Biblioteca de Arbitraje*. El acto estuvo a cargo del profesor Fernando de Trazegnies Granda, de Ricardo Vásquez Kunze y de Laura Castro Zapata (el video se puede apreciar en la página web de nuestro Estudio, pero es toda una lástima que el audio se haya perdido).

Se trató de la obra titulada *Arbitraje: el juicio privado. La verdadera reforma de la justicia*.

Pero la *Biblioteca de Arbitraje* no empezó en diciembre del 2006, sino un año antes, cuando en el Estudio decidimos crear la colección, con el propósito (reiterado en cada uno de los siguientes volúmenes) de «promover, a través de las ideas y el pensamiento crítico, la difusión del arbitraje como medio de solución de controversias».

A finales del 2005, consideramos que resultaba indispensable dar nacimiento a un medio de expresión sobre el arbitraje que revistiera varias características no negociables, tales como ser independiente; ser distribuido de manera gratuita; no recibir auspicios económicos o patrimoniales de persona natural o jurídica alguna; dar cabida a todas las ideas, por más de que no las compartamos; abrir la colección a todo aquel que desee escribir en ella, sin que sea determinante su edad, trayectoria o posición; no tener intervención académica de terceros en la adopción de decisiones sobre la propia *Biblioteca*; y, por supuesto, tratar de mantener el más alto nivel de calidad posible en los productos que ofreciéramos al público.

Como lo he señalado en múltiples ocasiones, en el Estudio nos hubiésemos dado por bien servidos con que la *Biblioteca de Arbitraje* tuviera dos volúmenes por año, como ocurre con infinidad de publicaciones académicas alrededor del planeta.

No obstante, las cosas tomaron un rumbo diferente en la medida que la colección fructificó tanto por el trabajo de quienes dentro del Estudio se dedicaron a ella como por el hecho de que otras personas, del Perú y del extranjero, tuvieron variadas iniciativas en la creación de múltiples obras individuales y grupales sobre la materia o materias afines, que también integran la *Biblioteca de Arbitraje*.

Cómo no agradecer a Jorge Luis Collantes González, compatriota afincado en España hace varias décadas, por la invalorable colaboración brindada, al idear catorce obras colectivas, entre ellas las maravillosas *Diccionario terminológico de arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)*, *Arbitraje comercial internacional en Europa* y la excelente *Enciclopedia del arbitraje*, únicas en su género. Jorge Luis ha sido director o coordinador de los volúmenes 3, 4, 9, 10, 11, 18, 24, 31, 47, 48, 54, 62, 96 y 99 de la colección.

Así como a Roger Vidal Ramos, creador de siete iniciativas dentro de la colección, entre ellas, su primer libro propio (volumen 87) y varios congresos del Instituto Peruano de Derecho (volúmenes 42, 64, 74, 77, 87 y 95), además de ser colaborador en otros tres volúmenes (14, 15 y 16).

También debo agradecer a todas aquellas personas e instituciones que confiaron en que publicáramos las actas de sus congresos de arbitraje, como es el caso del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, al que venimos acompañando en esta materia desde su primer congreso del año 2007, con quince volúmenes (5, 6, 8, 12, 20, 27, 28, 29, 39, 40, 41, 56, 73, 80 y 89). Las gracias más profundas a su exdirector, César Guzmán-Barrón

Sobrevilla, a su actual directora, Marlene Anchante Rullé, y a la directora de la Unidad de Arbitraje del Centro, Silvia Rodríguez Vásquez.

Asimismo, las gracias al Grupo de Investigación en Contrataciones del Estado (GICE), formado por egresados de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), en la persona de su directora, Lesly Shica Seguil, por seguir con nosotros en la publicación de las actas de sus congresos. De ellos son los volúmenes 51, 67 y 86.

Lo mismo para el Instituto de Derecho Privado (IDEPRIV), en la persona de su director, Marco Silva-Santisteban Valdivia, quien junto al profesor Luis Ames Peralta son coordinadores del volumen 88.

Así como a la Asociación Zambrano del Cusco, y a su directora Karina Zambrano Blanco, con quien trabajamos los congresos realizados en esa ciudad desde el año 2014. Son volúmenes correspondientes a estos congresos el 36, el 37, el 38, el 53 y el 85.

Nuestro agradecimiento también va para el grupo Contractus, al que publicamos las actas de su congreso del 2021 en nuestro volumen 94.

A Milo Ruiz González por la coordinación del volumen 93.

Y a la Universidad Católica San Pablo de Arequipa, en las personas de su rector, Germán Chávez Contreras, de su prorrector para el Desarrollo, Alonso Quintanilla Pérez-Wicht, y del decano de su Facultad de Derecho, Rafael Santa María D´Angelo, quienes siempre apoyaron la colección y nos siguen permitiendo contar con su auspicio académico desde el año 2017, en que me hicieron el honor de nombrar decano, cargo que ocupé dos años consecutivos. Además, publicamos las actas de un congreso de arbitraje que realizó la facultad en el año 2018 (volumen 78).

El mismo auspicio académico es agradecido por nosotros a la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado (AIDDP), de la cual soy su presidente electo para el período 2022-2023, pues desde hace algunos años nuestros libros aparecen con su sello característico.

La Universidad Continental también nos confió la publicación de las actas de uno de sus congresos (volumen 60).

Lo propio ocurrió con el Círculo de Arbitraje con el Estado (CAE), dirigido por Abel Ruiz Bautista, con quienes hemos publicado los volúmenes 78 (en organización compartida con la Universidad Católica San Pablo) y 91.

Con la revista *Derecho & Sociedad*, integrada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, editamos dos volúmenes sobre contratación estatal, el 70 y el 71.

Además, Roberto Hernández García fue coordinador del volumen 23, primera obra colectiva sobre *dispute boards* en Latinoamérica.

Y ahora corresponde agradecer a los autores individuales o en coautoría de libros de la colección: Ricardo Vásquez Kunze (mi coautor en el volumen 1), Rita Sabroso Minaya (mi coautora en los volúmenes 7, 17, 25 y 26), Esteban Alba Navarro (volúmenes 14, 15 y 16), Luis Puglianini Guerra (volumen 19), Laura Castro Zapata (volumen 52 y coautora de los volúmenes 25 y 26), Jhoel Chipana Catalán (volumen 30 y coautor de los volúmenes 25 y 26), Juan Diego Gushiken Doy y Rodrigo Andrés Freitas Cabanillas (coautores del volumen 33, primera obra orgánica de *dispute boards* en Latinoamérica) e Irene Zegarra Ballón Quintanilla (volumen 34).

También nuestras gracias para Giancarlo Peralta Miranda (volumen 43), María Antonieta Delgado Menéndez (volumen 44), Gino Rivas Caso (volúmenes 45 y 98), Aníbal Quiroga León (volumen 46), Juan Luis

Avendaño Valdez (volumen 55), Ludovina Villanueva Núñez (volumen 57), Manuel Villa-García Noriega (volumen 58), Lizeth Rodríguez Portal (volumen 59), Lizbeth Nataly Panduro Meza (volumen 65), Raúl Bravo Sender (volumen 66), José Carlos Taboada Mier (volumen 68), Rigoberto Zúñiga Maraví (volumen 69), Eder Juárez Jurado (volumen 72), Nicolás Alarcón Loayza (volumen 76), Alejandra Fiorella Zegarra Blanco (volumen 79), Juan Peña Acevedo (volumen 83), Joao Alberto Santos de Oliveira (volumen 84), María Lucía Torrealba Carballo (volumen 90), Alonso Bedoya Denegri (mi coautor en el volumen 92), Nicole Velazco Velazco y Daniel Rodríguez Tamo (coautores del volumen 97, junto con un trabajo del profesor Felipe Osterling Parodi y de quien escribe estas líneas).

Del mismo modo, deseo agradecer a los cientos de profesionales que han publicado artículos en la colección; entre otros:

Irene Martínez Cárdenas
Felipe Osterling Parodi
Ricardo Vásquez Kunze
Rita Sabroso Minaya
Ramón Escaler Bascompte
Julián-Pedro González Velasco
Julio V. González García
Beatriz Díaz Madrera
Francisco Javier Junceda Moreno
Rosa María Ventas Sastre
Miguel Ángel Dávara Fernández de Marcos
María del Pilar Perales Viscasillas
Marta Gonzalo Quiroga
Javier Guillén Camarés
Susana Pérez Escalona
Domingo Bello Janeiro
Bárbara de la Vega Justribó
Isabel Viola Demestre

Fátima Yáñez Vivero
Aránzazu Roldán Martínez
Marta Arroyo González
Sol González Seoane
Jorge Luis Collantes González
Lidia Moreno Blesa
María Cristina Hermida del Llano
Nicolás Zambrana Tévar
Carmen Parra Rodríguez
Pedro Claros Alegría
Esther López Barrero
Guillermo Lohmann Luca de Tena
Roque J. Caivano
Lourdes Flores Nano
César Landa Arroyo
Ernesto Díaz-Bastien
Nelson Vallejo-Gómez
Jorge Vega Soyer
Luis Moisset de Espanés
Oswaldo Hundskopf Exebio
Derik Latorre Boza
Luciano Barchi Velaochaga
Alexander Campos Medina
Enrique Ferrando Gamarra
Rómulo Morales Hervias
Marianella Ledesma Narváez
Verónica Rosas Berastain
Laura Castro Zapata
Juan José Pérez-Rosas Pons
Lorenzo Zolezzi Ibárcena
Ana María Arrarte Arisnabarreta
Fernando Vidal Ramírez
Víctor Madrid Horna
Marco Antonio Velilla Moreno

Enrique Palacios Pareja
Manuel Villa-García Noriega
Cecilia Catacora Torres
Gisella Domecq Garcés
Alfredo Bullard González
Gonzalo García-Calderón Moreyra
Franz Kundmüller Caminiti
Bertrand Derains
Jorge Ágreda Aliaga
Rocío Limas Vásquez
Alfonso de los Heros Pérez-Albela
Daniel Linares Prado
Carmen Julia Cabello Matamala
Benjamín Aguilar Llanos
César Fernández Arce
Huáscar Escurra Rivero
Laura Gázquez Serrano
José Jorge Arboleda Zapata
Martín Oré Guerrero
Ricardo Gandolfo Cortés
Emilio Cassina Riva
Bernardo M. Cremades
Raúl Ferrero Costa
Rodolfo Guillermo Miranda Miranda
María Teresa Comellas Aguirrezábal
Yolanda Dutrey Guantes
Florabel Quispe Remón
Xavier Seuba Hernández
Francisca Jiménez Jiménez
Francisco Montijano Guardia
Miguel Ángel Elizalde Carranza
Manuel Cienfuegos Mateo
Ignacio Jovtis
Pilar Rivas Vallejo

Ana Manero Salvador
Rosa María Fernández Egea
Arancha González Laya
David Ramos Muñoz
Belén Trigo García
María de los Ángeles Nahid Cuomo
Mercedes Rodríguez Giavarini
Carolina Aguirre U.
Fernando Aguirre B.
Gabriela Novoa Muñoz
Conrado Hughes Delgado
Diego Pérez Ordóñez
Juan Manuel Marchán
Gilberto Arosemena Callan
José Annicchiarico
Alejandra Cerviño
Fernanda Garza Magdaleno
Roy de Jesús Herrera Muñoz
Andrea Marín Odio
Christian Alberto Robleto Arana
Fanny Rodríguez del Cid
Paul Handal Montoya
William C. Headrick
Francisco Álvarez Valdez
Leslie Y. Flores
Jorge Avendaño Valdez
Fernando de Trazegnies Granda
María del Carmen Tovar Gil
Miguel Temboury Redondo
Edgardo Mercado Neumann
Mauricio Raffo La Rosa
Franz X. Stirnimann Fuentes
Silvia Rodríguez Vásquez
Hugo Perezcano Díaz

Ernesto Álvarez Miranda
Carolina Canales Cama
Juan Peña Acevedo
Augusto Millones Santa Gadea
Gracy Zapata Oré
Billy Franco Arias
Álvaro Silva Rudat
Alfredo Chan Arellano
Juan Chang Tokushima
Jorge Pereyra Zaplana
María Isabel Cheng Castañeda
José Antonio Trelles Castillo
Abdías Sotomayor Vértiz
Elena Sevila Sánchez
Manuel Olivencia
Eva Andrés Ausejo
María Arias Navarro
Carmen Azcárraga Monzonís
Domitille Baizeau
Carlos Blancas Bustamante
Víctor Bonnín Reynés
Valentín Boy Franch
Jessica Brenner
M.ª Ángeles Cano Linares
José María Chillón Medina
Riccardo Ciullo
Miriam Clapés Oleart
Juan Pablo Correa Delcasso
Luis Costa Pan
Anne-Carole Cremades
Elisabeth de Nadal
Castor Miguel Díaz Barrado
Katia Fach Gómez
Enrique Fernández Masiá

Jaime N. Gallego
Manuel Garayo Orbe
Georgina Garriga Suau
Sergio González Malabia
Álvaro González Marín
Javier Guillén Carames
Elena Gutiérrez García de Cortázar
Calvin A. Hamilton
Rafael Hinojosa Segovia
Joan Hortalà Vallvè
Javier Íscar de Hoyos
Fernando Jaureguizar Ducable
Juan Carlos Landrove
Alejandro López Ortiz
Antonio María Lorca Navarrete
Núria Mallandrich Miret
Diana Marcos Francisco
Alfonso Maristany Pintó
Jorge Mas Taladriz
Gema Mayol Gómez
Màrius Miró Gili
Ana Montesinos García
Sagrario Morán Blanco
Ramón Mullerat Balmaña
Enrique Navarro Contreras
María Belén Olmos Giupponi
Blanca Padrós Amat
Ulises Pittí González
María Eduviges Pontigo Drabs
Iván Rodríguez Benzaquen
Vicente Roldán Martínez
Carmen Salvado Santos
Susana San Cristóbal Reales
Víctor Manuel Sánchez Álvarez

M.ª Victoria Sánchez Pos
Jordi Sellàres Serra
Margarita Soto Moya
Gonzalo Stampa
Lucilla Talamazzi
Mercedes Tarrazón
Claudia Velasco Papineschi
Elisa Vicente Maravall
Javier Vidal Quadras Trías de Bes
Pedro L. Yúfera Sales
José Daniel Amado Vargas
Nicolás Lloreda
Álvaro López de Argumedo Piñeiro
Álvaro Prialé Torres
Mario Reggiardo Saavedra
Pedro Richter Valdivia
Gonzalo Muñoz Hernández
Ricardo Beaumont Callirgos
Raúl Chanamé Orbe
Simón Alejandro Verástegui Gastelú
Eloy Espinosa-Saldaña Barrera
Carlos Hakansson Nieto
José F. Palomino Manchego
Mario Chávez Rabanal
Evelyn Piqué Buitrón
Omar Sar Suárez
Óscar Urviola Hani
Yves Derains
Marco de Benito Llopis-Llombart
Fernando Mantilla Serrano
Jean Marguerat
Maribel Rodríguez Vargas
Carolina Romero Acevedo
Diego Saavedra Silvela

Fernando Lanzón Martínez
Christian Larroumet
Philippe Pinsolle
Alexis Mourre
Meritxell Burcet Sendro
Luis Capiel
Alice Fremuth-Wolf
Christian Koller
Daria Goldstein
Alexander Kaztarsky
Henriette Hernaa
Morten Midtgaard Pedersen
Claus R. Weigelt
Katarína Čechová
Pirkka-Marja Põldvere
Ariana Casandra Aravena-Jokelainen
Juan Antonio Cremades Sans-Pastor
Bruno Roca Grau
Niki K. Kerameus
András Szecskay
H. Kristjan Larusson
Gardar Vidir Gunnarsson
Damien Keogh
Francesca Gesualdi
C. Ferdinando Emanuele
Ieva Kalnina
Valija Vaitkute Pavan
Giedrè Cerniauskè
Michel Jimenez Lunz
Margriet de Boer
Rogier Schellaars
Sofia Martins
Levana Zigmund
Jan Kleinheisterkamp

Alexander J. Bèlohlávek
Alina Bondarenko
Erik Ficks
Ziya Akinci
Olena Perepelynska
César Guzmán-Barrón Sobrevilla
Roberto Hernández García
Jaime Gray Chicchón
Jonnathan Bravo Venegas
Jerry Brodsky
Carlos Peñate Guzmán
Gilberto José Vaz
Pedro Augusto Gravatá Nicoli
Juan Eduardo Figueroa Valdés
Gustavo Paredes Carbajal
Eleonora Coelho
Marina Chierigini Lacaz
José Antonio Moreno Rodríguez
Fernando Zelada
Fernando Montano
Horacio Andaluz Vegacenteno
Carlos de los Santos Lago
Rosa Lapiedra Alcamí
Flora Calvo Babío
Isabel Reig Fabado
Miguel Alberto Quino Fonseca
Mario Linares Jara
Fernando Cantuarias Salaverry
Natale Amprimo Plá
Jorge Toyama Miyagusuku
Giovanni F. Priori Posada
Richard Martin Tirado
Eugenia Ariano Deho
Cecilia O´Neill de la Fuente

José Luis Repetto Deville
Carole Ivonne Neyra Salazar
Raffo Velásquez Meléndez
Luis Oviedo Vereau
Anghelo Olarte Saco
Marcia Carla Pereira Ribeiro
Tathyane Ramos Vosgerau
Danielle de Ouro Mamed
Roger Luiz Paz de Almeida
Ana Tereza Basilio
André Vasconcellos Roque
Eduardo Talamin
Edson Isfer
Mayara Roth Isfer
Pedro Yúfera
Carmen Martínez López
Fabián Novak Talavera
Luis García-Corrochano Moyano
Fernando Lanzon
Calvin Hamilton
Frederic Munné Catarina
Emilio Paolo Villano
Javier Guillén Camares
Luis Costa Ran
José María Fernández de la Mela Núñez
Javier Vival-Quadras Trías de Bes
Maximin de Fontmichel
Carmen Núñez Lagos
Guillermo Bayas Fernández
Julio López Quiroga
Víctor Bonnín Reyes
María Crespo Garrido
Antonia Magdaleno
Diego Collantes Añaños

Jordi Sallarés
Vanessa Alarcón Duvanel
Gloria Esteban de la Rosa
Carlos de Miranda Vásquez
Iñigo Iruretagoiena Agirrezabalaga
Noiana Marigo
Carmen Venegas Grau
Víctor Bonnín Reynes
Pablo Fernando Poza Cisneros
Fernando Piérola
Covadonga Ballesteros Panizo
Cástor Miguel Díaz Barrado
Cristina Ferraro
Cristian Gual Grau
Jorge Azagra Malo
Carlos Espaliú Berdud
Pedro Tent
Alba Briones Martín
John Adam
Elizabeth de Nadal
Ana Morales Ramos
Gemma Mayol
Luis Carlos Cordón Procter
José Ángel Rueda García
Bernardo M. Cremades Jr.
Kathy E. Ames Valdivieso
Carlos Llorente Gómez de Segura
Milan Pejnovic Delgado
Tiziana de Ciommo
Vanessa Grahremani Thomsen
Eva Andrés A.
Andrés Rigo Sureda
Aníbal Sabater
María Postigo D.

Dolores Bentolila
Valentín Bou Franch
Miriam Clapé Oleart
Tatiana Arroyo
María del Pilar Galeote Muñoz
Manuel de Lorenzo Segrelles
Nuria Iglesias Tatjer
Anna Arnalte
Francisco M. Serrano Osobliwa
Clifford J. Hendel
Cristina García-Margallo Gomendio
David Guerra Bonifacio
Clara Fernández Carrón
Fátima Gil Ibáñez
Carolina M. Romero
Inés Trelles Villanueva
Diego Javier Pellegrino
Jaime L. Iglesias Gallardo
Arancha Gonzáles Laya
Alberto Acevedo Rehbein
Jesús M. de Alfonso
Gino Rivas Caso
José María de la Jara
Julio Olórtegui
Carlos Alberto Matheus López
Sherin Limas Calderón
Juan de Dios Crespo Pérez
Enric Ripoll González
Agustín Amorós Martínez
Pascual E. Alferillo
Jairo Cieza Mora
Jaime A. Ñique Morazzani
Jarek Gustavo Torres Llaque
Diego A. Dolabjian

Marco A. Schmoisman
José Antonio Beraún Barrantes
José E. Jozami
Edú Alonso Silva Rivera
José Luis Carretero Lestón
Mario Seoane Linares
Dennis José Almanza Torres
Israel Rodríguez Cáceres
Giusseppi Vera Vásquez
María Beatriz Burghetto
Ana Gerdau de Borja Mercereau
Tatiana Cucurull
Cristina de Ulloa Solís-Beaumont
Marta Gisbert Pomata
Alberto Muñoz Fernández
Jesús Pérez de la Cruz Oña
Seguimundo Navarro Jiménez
Luis Bravo Abolafia
Gina Isabel Vargas Herrera
Alonso Bedoya Denegri
Jorge Luis Huamán Cachay
Miguel Ángel Sipán Velásquez
José Antonio Sánchez Romero
Wagner Maslucan Pilco
Fiorella Casaverde Cotos
Rodrigo Freitas Cabanillas
José Carlos Taboada Mier
Salomé Teresa Reynoso Romero
Josefina Salinas Tipiani
Daniel Quintana Santa Cruz
Carlos Antonio López Avilés
Daniel Triveño Daza
Ricardo Rodríguez Ardiles
Alfredo Soria Aguilar

Eduardo de la Iglesia Prados
Marco La Jara Morales
Javier Latorre Martínez
Adán López Blanco
Ángela Mendola
Marco Andrei Torres Maldonado
Milo Ignacio Ruiz González
Massiel Silva-Santisteban Amésquita
Flávio Tartuce
Gracileia Monteiro Tartuce
Ángela Cristina Villate
Andrea M. Vissani
Franco Berzero
Eduardo Silva Romero
Luis Miguel Velarde Saffer
Sergio Natalino Casassa Casamora
Luis Enrique Ames Peralta
Sergio García Long
Miguel Ángel Pérez Caruajulca
Guillermo Cabrera González
Yael Ribco Borman
Pilar Álvarez
Sylvia Sámano Beristain
Mateo Verdías Mezzera
Santiago Escobar Magaña
Roberto Cuchí Olabuenaga
Ricardo Andrés Padilla Parot
Jorge Bogarín
Jacqueline López Wismer
Hugo Cardona
Claudio Salas
María Camila Hoyos
Soledad Peña
Adriana Aravena-Jokelainen

Ana Martínez Valls
Andrea Batarce
Clàudia Baró Huelmo
Florencia Villaggi
Irene Arranz Puig
Irene Zegarra-Ballón Quintanilla
Malgorzata Judkiewicz-Garvan
María de la Colina
María Inés Corrá
Marlen Estévez Sanz
Marta Lalaguna Holzwarth
Mélanie Riofrio Piché
Mercedes Tarrazón Rodón
Mónica van der Schraft
Nicole Duclos
Ximena Gómez Montes
Elvira Martínez Coco
María del Carmen Padilla
María Emilia Grijalva Reyes
María Paula Patrón Barceló
Medaly Claudia Rojas Ventura
Mélida N. Hodgson
Milagros Maraví Sumar
Myriam Inés Costilla
Patricia Cruz Trabanino
Roxana Sotomarino Cáceres
Ruth Elena Yupanqui Torres
Sandra Montes Gózar
Sheilah Vargas Soto
Silvia Rodrigues Pachikoski
Tatiana Herrada Sánchez
Vickhy Sonia Goicochea Lecca
Yurica Ramos Montes
Zita Aguilera Becerril

Andrea Hulbert
Angela Cámara Chumbes
Asya Jamaludin
Carolina Castellanos López
Claudia Beatriz Paccieri Rojas
Diana Correa
Dyalá Jiménez
Fiorella Vanessa Casaverde Cotos
Gianna Macchiavello Casabonne
Hortencia Rozas Olivera
Irma Rivera-Ramírez
Jenifer Alfaro Borges
Joyce Pamela Poves Montero
July Anne Carol Escajadillo Lock
Margie-Lys Jaime
María Antonieta Delgado Menéndez
María del Carmen Delgado Menéndez
María Eliana Rivarola Rodríguez
María Hilda Becerra Farfán
Patricia Vera Nieto
Kelly Patricia Villa Tejada
Gisselle Moreno Cavallini
María Claudia Castro Guillén
Ludovina Villanueva
Karina Zambrano Blanco

Por otra parte, no podemos dejar de mencionar a las personas cuyas ponencias figuran en las actas de los congresos, seminarios y eventos de otra naturaleza, cuya publicación sus organizadores confiaron en nosotros (no mencionamos a quienes ya hemos referido en la relación precedente), tales como, entre otros:

Julio Guzmán Galindo
Leysser León Hilario

Julio Wong Abad
Rigoberto Zúñiga Maraví
Paolo del Águila Ruiz de Somocurcio
Ignacio Suárez Anzorena
Carlos Paitán Contreras
Baldo Kresalja Rosselló
Marco Rivera Noya
Daniel Posse
Eric Franco Regjo
Christian Días Barcia
Humberto Arrese Orellana
Alfredo Villavicencio Ríos
Jaime Zavala Costa
Raúl Saco Barrios
Yuri Vega Mere
Hortensia Rosas Olivera
Eduardo Hurtado Arrieta
Jorge Donayre
Víctor Velásquez Molina
Miguel Salinas Seminario
Carlos Herrera Descalzi
Sergio Tafur Sánchez
Percy Kouri
Fabiola Paulet Monteagudo
Cristián Conejero Roos
Magaly Rojas Delgado
Fausto Viale Salazar
Roger Rubio Guerrero
Christian Hudtwalcker Zegarra
Beatriz Merino Lucero
José Rafael Fernández
Eduardo Barboza Beraún
Jorge Chacón Mora
Víctor León

Christian Díaz Barcia
Gustavo Villegas del Solar
Carlos Valderrama Bernal
Derek Smith
Marinn Carlson
Claudia Frutos-Peterson
Francisco González de Cossío
Gonzalo García Delatour
Héctor Calatayud Izquierdo
Ricardo Salazar Chávez
Luis Lamas Puccio
Bernardo Wayar Caballero
Jaime Gallego
Liliana Sánchez Ortega
Rocío Cano Guerinoni
Gabriela Jáuregui Morán
Alí Félix León Charca
Juan Ramón Balcells
Elizabeth Grossmann Casas
Ernesto Leghuga Pino
Manuel Diego Aramburú Yzaga
Pablo Morán Mejía
João Alberto Santos de Oliveira
Andrés Talavera Cano
Isabela Lacreta
Andrés Ojeda Araúz
Alberto Montezuma Chirinos
Carlos Enrique Castillo
Katherine González Arrocha
Ricardo León Pastor
Raúl Guevara
Gabriel Ayú Prado Canals
Álvaro Morante Ángeles
Zoraida Serrano Flores

José Luis Rojas Alcócer
Sandro Espinoza Quiñones
Soledad Guerrero Olaya
Germán Alatrista Muñiz
Alberto Molero Rentería
Giancarlo Mandriotti Flores
Adrián Simons Pino
Carlos Figueroa Iberico
Beatriz Boza Dibós
Rolando Eyzaguirre Maccan
Antonio Corrales Gonzales
Juan Carlos Morón Urbina
Hernando Díaz Candia
Verónica Sandler Obregón
Quinn Smith
Manuel Monteagudo Valdez
Xavier Andrade Castillo
Diego Brian Gosis
Iver von Borries Antezana
Paula María All
Román Solís Zelaya
Julio César Rivera
Domingo Rivarola Reisz
Walter Albán Peralta
Gabriel Ayu Prado Canals
Carlos Guaia
Roberto Reynoso Peñaherrera
Carlos Castillo Rafael
Álex Wagemann Farfán
Eduardo Sanhueza Gómez
Juan Carlos Mejía Mediavilla
Rafael Bernal Gutiérrez
Gustavo Bayona MacPherson
Silvia Campana Zegarra

Claudia Paccieri Rojas
Marlene Anchante Rullé
Lesly Shica Seguil
Marco Montoya Lazarte
Carlos Luis Ireijo Mitzuta
Frank Vargas Cancino
Martín Zecenarro Flores
José Zegarra Pinto
Juan Carlos Pinto Escobedo
Angie Azabache
Marco Antonio Martínez Zamora
Luis Yamada Alpiste
Ramón Huapaya Tapia
Augusto Effio Ordóñez
Willy Pedreschi Garcés
Mario Ballón
Jorge López Fung
Katty Mendoza Murgado
Renzo Seminario Córdova
Diego Saco
Hugo Sologuren Calmet Ponte
Jorge Burga Vásquez
Gastón Fernández Cruz
Diana Ramírez Carvajal
Omar Sumaria Benavente
Jorge Abel Ruiz Bautista
Luis Cucarella Galiana
Nelson Ramírez Jiménez
Teddy Panitz Mau
Luis Miguel Samaniego Cornelio
Alberto Retamozo Linares
Marco Silva Santisteban Valdivia
Carlos Giles Ponce
Jorge Pérez López

Benji Espinoza Ramos
Huber Huayllani Vargas
Víctor Velásquez Vera
Ricardo Caldas Fernández
Guillermo Chang Hernández
Fernando Capuñay Chafloque
Peter Palomino Figueroa
Gustavo Rodríguez García
Henry Huanco Piscoche
Esteban Alba Navarro
Héctor Inga Aliaga
María Elena Guerra Cerrón
Jimmy Pisfil Chafloque
Hemmer Alva Neyra
Sara Luz Echevarría Gaviria
Jorge Ortiz Pasco
Juan José Garazatúa Nuñovero
Henry Burnett
Luis Alberto Arequipeño Tamara
Pablo Mori Bregante
Briana Canorio Calderón
Eloy Anzola Etchevers
Álvaro Galindo Cardona
Rosario Fernández Figueroa
Ignacio Torterola
Gustavo Zavaleta
Jhon Jara Cano
Carlos Torres Zavala
Roberto Lara Bravo
José Antonio Galindo Verástegui
Miguel Montesinos Álvarez
Ralph Montoya Vega
Leonardo Chang Valderas
Juan Miguel Rojas Ascón

Jairo Hernández Alvarado
Juan Carlos Rebaza Merino
Grover Delgado Flores
Johan Camargo Acosta
David Aníbal Ortiz Gaspar
Alonso Adrián Sainz
Juan Fernando Mendoza Banda
Roberto Benavides Pontex
Juan Huamaní Chávez
Gustavo de Vinatea Bellatín
Fernando Marcondes
Lisette Ortega Orbegozo
Fernando Berckemeyer Olaechea
Lou-Anne Flores Sánchez
Yvette Sanguinetti Campos
Alonso Morales Acosta
Moisés Rejanovinschi Talledo
Ofilio Mayorga
Benito Zelaya
Edson López
Juan Espinoza Espinoza
Salomé Reynoso Romero
Ana Teresa Revilla Vergara
Sandro Hernández Díez
Yeminá Arce Azabache
Carlos Losada Contreras
Alberto Cairampoma Arroyo
Rosa Bueno de Lercari
Cecilia Flores Rueda
José Moreno
Martín Reaño
Igor Morales
Hugo Vallejos Campbell
Eduardo Guimaraes

Juan José Martínez
Carlos Diez Contreras
Claudia Quispe
Javier Loza Vargas
Isaías Ruiz Eldredge
Marianella Ventura
Álvaro Aguilar Ojeda
Miguel Ángel Pastor
Diana Centeno Quispe
Susana Guerrero López
Gustavo Ordoqui Castilla
Martín Mejorada Chauca
Fort Ninamancco
Jimmy Ronquillo Pascual
Mario Solís Córdova
Juan Sologuren Álvarez
Jorge Beltrán Pacheco
José Aguado López
Eric Ayllón Ramírez
Álex Plácido Vilcachagua
Miguel Ramos Miraval
Manuel Bermúdez Tapia
Beatriz Franciskovik Ingunza
Marcos Castillo Chirinos
Leyli Aguilar Ventura
Noelia Marcos
Christian Collantes
Jhon Jara Quiroz
Sergio Casassa Casanova
Nina Leguizamon Báez
Andrea Vissani
Yovana Flores Cayllahui
Karen Vilcarromero
Augusto Durand Díaz

Gustavo Piedrahita Forero
Cecilia Lau Buendía
Karina Ulloa
Felipe Chacón Tapia
Rafael Chanján Documet
Cecilia Misu
Carlos Seminario Reyes
Martín Mijichich Loli
Lucía Olavarría
Guilherme Recena Costa
Julio Rivera Ríos
Jorge Valenzuela
Kattirin Salazar Quispe
Carlos Álvarez Solís
Roy Álvarez Chuquillanqui
Ana Cristina Velásquez
Augusto Villanueva Llaque
Sharon Grados
Ahmed Manyari Zea
Sheryl Ramos Cóndor
Carolina Cabrera Moncada
Franccesca Navia Miranda
Andoni Torres
Daniel Gonzales Gonzales
Mario Romero Antola
Javier Cavero Egúsquiza Zariquiey
Enrique Varsi Rospigliosi
Marco Torres Maldonado
Thiago Rodovalho dos Santos
Juan Carlos Palmero
Zulema Wilde
Eduardo Sambrizzi
Francisco Segura
Emilio Balarezo Reyes

Julián Emil Jalil
Federico Alejandro Ossola
Gustavo Vallespinos
Joel Melgarejo Alegretti
Walter Krieger
Arturo Aza Riva
María Isabel Vásquez Villacorta
Gilberto Mendoza del Maestro
Gunther González Barrón
Federico Torrealba
José Beraún Barrantes
Olga Alcántara Francia
Mario Luis Vivas
Lidia Garrido Cordobera
Manuel Cornet
José Fernando Márquez
Pascual Alferillo
Ramón Daniel Pizarro
Guillermo Pedro Tinti
Sandra Ramírez
César Candela Sánchez
Julián Manta Lara
Carlos Eduardo García Bohórquez
Giovani Riveiro Rodrigues Alves
César Guzmán Haberstadt
Fiorella Vásquez Rebaza
Alfredo Ferrante
Diego Quiroz Quiroz
Marília Pedroso Xavier

Sin la sapiencia y desinteresada dedicación de los autores de los artículos y libros publicados, además de los ponentes en los diversos congresos cuyas actas han sido acogidas por nuestra *Biblioteca*, este esfuerzo hubiera sido impensable.

Igualmente, quiero agradecer a todas las personas que nos apoyaron en la labor de corrección de textos, la señora Mónica Benavides Segura (desde el volumen 1 hasta el volumen 100), el señor Alex Ortiz Alcántara y la señora Mónica Delgado Benavides; y a FM Servicios Gráficos S. A., quienes se ha encargado de la labor de edición de los cien volúmenes de la *Biblioteca de Arbitraje*, en las personas de Frida Murillo Chávez, Rosa Delgado Olano y Edwin Mondragón Rojas, labores que han desarrollado con todo cariño y pulcritud.

Así, también, nuestro agradecimiento a Palestra editores, en la persona de su director, Pedro Grández Castro, con quienes publicamos los primeros números de la colección; y a Thomson Reuters, en la persona de quien era su coordinadora para estos efectos, Xaviera Pérez Benazar, con quienes publicamos la *Biblioteca* algunos otros años.

Igualmente, quiero dar las gracias a las personas que, de manera abnegada me acompañan en el esfuerzo profesional desde hace tantos años: Verónica Rosas Berastain, Massiel Silva-Santisteban Amésquita, Gisselle Moreno Cavallini, Gustavo Sánchez Huarcaya y Jessyca Orbezo Tejeda; además de Juan Francisco Berckemeyer Olaechea y Alonso Bedoya Denegri.

También agradezco a Macarena Ruiz González y José Luis Aguilar Elejalde, por la permanente y valiosa ayuda técnica que nos brindan.

Por otra parte, debemos señalar que el año pasado, decidimos en el Estudio que el tema de los volúmenes 99 y 100 estuviera dedicado a la mujer.

El volumen 99, *Hablando con ellas: conversaciones con veinticuatro mujeres protagonistas del arbitraje*, fue una excelente idea desarrollada por Jorge Luis Collantes González y es uno de mis libros favoritos de la colección.

Y el volumen 100 se titula *La mujer en el arbitraje*, reconociendo, ambos números, la inmensa fuerza que las mujeres han tomado en esta y todas las demás áreas del Derecho en las últimas décadas. En nuestro Estudio, además, nunca han trabajado menos mujeres que hombres y, por lo general, ha habido más abogadas que abogados. Jamás ocurrió lo contrario.

Y qué mejor que confiar la coordinación de este volumen 100 a mi esposa, Laura Castro Zapata, quien me acompaña casi la mitad de la vida. Entre los dos, además, convocamos para compartir la coordinación a Mariela Güerinoni Romero. Felicito a ambas por el enorme esfuerzo desplegado y por el notable resultado que podrán apreciar nuestros lectores, el mismo que obedece a la calidad de los trabajos de más de medio centenar de autoras que ellas invitaron.

En el Estudio y en la *Biblioteca de Arbitraje*, siempre nos hemos cuidado de evitar el elogio innecesario y exagerado, la lisonja a conveniencia, el pagar para que nuestros abogados expongan en eventos ajenos o recibir dinero para que otros lo hagan en eventos nuestros. Siempre hemos creído que el arbitraje debe ser un medio propio de señores, de gente de altura, donde pesen los méritos y no los auspicios mercantiles o los favores directos o indirectos. Este principio rector en la conducta de nuestro Estudio y de nuestra publicación ha sido mantenido invariable durante toda la existencia, tanto del bufete como de la *Biblioteca de Arbitraje*. Recusamos toda práctica que desnaturalice el señorío propio de una actividad tan alturada como es la de administrar justicia.

¿Y qué viene después?

Bueno, sólo Dios lo sabe. Pero estamos decididos a seguir con este empeño, porque lo logrado nos causa la inmensa satisfacción de que la *Biblioteca de Arbitraje*:

Sea la colección no comercial más prolífica de la historia del Perú.

Sea la colección de arbitraje más prolífica de la historia de nuestro país, tanto en número de volúmenes como en páginas.

Sea la única publicación periódica gratuita de libros en el Perú.

Sea la colección de uso gratuito más consultada del país, tanto en formato físico como virtual.

Sea la colección no comercial que ha dado cabida a más autores que publicaron su primer artículo o libro.

Sea la colección en la que han escrito más mujeres en proporción al total de autores.

Sea la colección que ha tratado temas más diversos en el Perú, relativos a los medios alternativos de resolución de conflictos.

Sea la colección que publicó el primer y único diccionario de arbitraje en Hispanoamérica.

Sea la colección que publicó la primera y única enciclopedia de arbitraje en Hispanoamérica.

Sea una colección bibliográfica que no recibe financiamiento de terceros.

Sea la colección que más tiempo ha apoyado la difusión del arbitraje.

Sea la colección que ha publicado el primer libro de entrevistas realizadas exclusivamente a mujeres que se dedican al arbitraje.

Sea la colección que publicó el primer libro colectivo escrito por más de medio centenar de mujeres.

Sea la colección que más tiempo, e ininterrumpidamente, ha apoyado y apoya las actividades académicas de un centro de arbitraje universitario, el de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Esos son los resultados, ese es nuestro compromiso y estamos decididos a seguir en este camino.

Finalmente, agradecemos a los cientos de miles de lectores, quienes nos siguen tanto en la versión tradicional en formato papel como en la virtual, ya que los 100 volúmenes de la *Biblioteca de Arbitraje* se hallan a disposición de toda la comunidad jurídica, con acceso libre, permanente y gratuito.

Lima, abril de 2022
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 período 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>.

PALABRAS LIMINARES

Muchas veces las palabras quedan cortas y para nosotras esta ocasión es una de ellas. Estamos muy orgullosas y emocionadas de, al fin, poder presentar la obra *La mujer en el arbitraje* que, además, constituye el volumen 100 de la *Biblioteca de Arbitraje*.

Durante varios meses hemos perseguido un sueño y con mucha emoción ahora este se ha convertido en realidad, y es el de haber coordinado el primer libro colectivo de arbitraje escrito exclusivamente por mujeres.

A lo largo de la historia, el arbitraje estuvo dominado por la presencia masculina, pero eso ya forma parte del pasado. Ahora la presencia femenina en los tribunales arbitrales y en la defensa de los casos no pasa desapercibida y cada vez son más las abogadas que eligen ejercer la profesión en esta vía de administración de justicia y se convierten en árbitros o participan en la defensa de procesos de tal naturaleza.

La mujer en el arbitraje es una obra única en su género y está compuesta por trabajos de más de medio centenar de autoras peruanas y extranjeras, en los que se refleja su vasta experiencia, habiendo dejado un pedacito de ellas en cada página. Todas son árbitros, profesoras y abogadas exitosas que han forjado su camino en el arbitraje con base en su esfuerzo e intachable reputación.

Por ello estamos seguras de que este volumen constituye un aporte muy valioso para la comunidad del arbitraje, razón por la cual nos sentimos contentas y orgullosas.

Asimismo, estamos muy agradecidas con cada una de quienes han escrito en esta obra. Sin todo ese esfuerzo colectivo, este sueño no se hubiese convertido en realidad.

De igual manera, queremos agradecer la valiosa ayuda recibida por parte del doctor Roger Rubio Guerrero en el desarrollo de este proyecto.

Por último, debemos mencionar que esta obra no hubiese sido posible sin el apoyo incondicional del director de la *Biblioteca de Arbitraje*, doctor Mario Castillo Freyre, quien desde el primer momento confió en nosotras la coordinación de este volumen 100, tan emblemático para la colección.

Lima, marzo del 2022

Mariela Güerinoni Romero [*]

Laura Castro Zapata [**]

[*] Árbitra y abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
[**] Árbitra y abogada por la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

EL ÁRBITRO DE EMERGENCIA

Ana María Arrarte Arisnabarreta [*]
Kelly Patricia Villa Tejada [**]

Sumario: 1. Introducción.— 2. El surgimiento del arbitraje de emergencia.— 3. Características y procedimiento.— 4. Estándares del pronunciamiento.— 5. Tipo de medidas de emergencia.— 6. El estatus del árbitro de emergencia: ¿se trata realmente de un árbitro?— 7. Ejecución de medidas cautelares dictadas por el árbitro de emergencia.— 8. Balance final: ¿es conveniente acudir al árbitro de emergencia?— 9. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje de emergencia es un procedimiento por el que una parte puede solicitar una medida cautelar en sede arbitral, pero su particularidad radica en que esto tiene lugar antes de la constitución del tribunal arbitral, lo que en principio, y dada la oportunidad en que se daba la solicitud, se encontraba reservado al fuero judicial. Se trata de una figura relativamente «joven», pero de rápida evolución, que surgió en el arbi-

[*] Abogada. Socia del Estudio Echecopar asociado a Baker & McKenzie Internacional. Lidera el Área de Solución de Controversias (Arbitrajes y Litigio Judiciales). Miembro de la Corte de Arbitraje de AmCham. Árbitra en la Cámara de Comercio de Lima, en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos - PUCP y AmCham Perú.

[**] Abogada. Consultora especialista en arbitraje y Derecho Procesal Civil. Adjunta de docencia en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP. Egresada de la Facultad de Psicología de la PUCP.

traje internacional comercial a iniciativa de importantes instituciones arbitrales y en respuesta a la constatación de un vacío. Sucede que, generalmente, la necesidad de obtener protección cautelar coincide con la etapa inicial de una controversia, incluso antes de la presentación de la solicitud arbitral. No obstante, un tribunal arbitral solo puede conocer un pedido cautelar desde su constitución, lo que puede tomar un tiempo que no se ajusta a la urgencia de la medida requerida.

En dicho escenario, antes de la existencia del arbitraje de emergencia, la parte interesada solo tenía la opción de acudir a las cortes judiciales para solicitar protección cautelar mientras se conformaba el tribunal arbitral. Frente a la necesidad impostergable de tutela, y no existiendo fácticamente un órgano arbitral en aptitud de dictar esta decisión urgente, el fuero judicial actuaba de manera subsidiaria y residual, lo que no era (ni es actualmente) necesariamente negativo, pero sin duda sí puede resultar paradójico considerando que la voluntad de las partes, precisamente, fue la de sustraer sus controversias de la esfera judicial. Frente a ello, el arbitraje de emergencia se planteó como una alternativa que evita el tránsito obligatorio por el Poder Judicial si las partes consideran que esto asiste de mejor manera a sus intereses.

A continuación se presenta una revisión de algunos de los aspectos más importantes vinculados al arbitraje de emergencia: su surgimiento y desarrollo; sus características y funcionamiento procedimental; los alcances y estándares de las decisiones dictadas en el arbitraje de emergencia; los aspectos más discutidos de la figura, cómo es la ejecución de las decisiones emitidas por el árbitro de emergencia; y, un balance final acerca de su utilidad.

2. EL SURGIMIENTO DEL ÁRBITRO DE EMERGENCIA

Como en todo proceso, la dilucidación de una controversia en un arbitraje toma un tiempo y el interés de las partes en su duración frecuentemente es inversamente proporcional, mientras el demandante

quiere obtener una decisión cuanto antes, el demandado no suele tener apuro y, en muchos casos, prefiere que la decisión se postergue lo más posible. Por ello, ante la necesidad de una decisión urgente, las medidas cautelares pueden ser un elemento esencial para garantizar que la eventual decisión de fondo sea efectiva. Sin embargo, los tribunales arbitrales solo son tales y pueden dictar medidas cautelares desde su constitución, lo que puede tomar semanas e inclusive meses, más aún si una de las partes adopta conductas dilatorias. Durante este periodo crítico, en principio, la parte interesada en obtener una medida cautelar tendría que acudir a las cortes judiciales (lo que denominamos en Perú, una medida cautelar fuera del proceso).

Frente a este escenario, surgió en el arbitraje comercial internacional la posibilidad de llenar este vacío a través del mecanismo del árbitro de emergencia. Al respecto, se debe tener en cuenta que si bien recurrir a las cortes judiciales no es necesariamente negativo (de hecho, puede ser lo más conveniente en determinadas circunstancias), en algunos casos sí puede resultar sumamente problemático para las partes, por ejemplo, cuando no existe la posibilidad de obtener la protección cautelar requerida ante determinadas cortes porque dicha posibilidad es incierta debido a la existencia de interpretaciones judiciales divergentes; porque se necesita que la medida tenga efectos en diferentes jurisdicciones; por la existencia de dudas acerca de la imparcialidad e independencia de algunas cortes, particularmente cuando una de las partes es un Estado y el pedido tendría que realizarse en dicho país; por el interés de preservar la confidencialidad de las actuaciones; por la excesiva carga procesal de las cortes y la necesidad de cumplir determinados requisitos formales; entre otros.[1] Por lo demás, se ha advertido que derivar las partes forzosamente

[1] Ver: ALNABER, Rania. «Emergency Arbitration: Mere Innovation or Vast Improvement». En *Arbitration International*, 2019, n.º 4, vol. 35, pp. 441-472; PARAGUACUTO-MAHÉO, Diana y Christine LECUYER-THIEFFRY. «Emergency Arbitrator: A New Player in the Field - the French Perspective». En *Fordham International Law Journal*, 2017, n.º 3, vol. 40, pp. 749-778.

a las cortes judiciales implica reconducirlas a la jurisdicción que, precisamente, trataron de evitar al establecer el arbitraje como mecanismo de solución de controversias.[2]

Es así como, en respuesta a la necesidad identificada, en 1990, la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, ICC por sus siglas en inglés) aprobó el Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral. Esta normativa, aún vigente, constituyó el primer cuerpo de reglas de carácter no judicial que permitía a las partes solicitar a un tercero (llamado *referee*) una medida cautelar antes de la constitución del tribunal arbitral.[3] Sin embargo, este mecanismo ha sido muy poco utilizado[4] debido a su naturaleza *opt in*, es decir que las partes tenían que pactar expresamente su aplicación.

En el año 2006, el Centro Internacional de Resolución de Disputas (en adelante, ICDR) introdujo, por primera vez, el arbitraje de emergencia como sistema *opt out,* es decir, resultaba aplicable para todos los casos en los que las partes se hubieran sometido a su reglamento de arbitraje, salvo pacto en contrario. De esta manera, mientras que en el Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral de la ICC, el sometimiento a dicho procedimiento tenía que ser expreso, con la

---

2 YESILIMARK, Ali. *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*. Tesis de disertación doctoral. Londres: University of London, 2003.

3 Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral
«2.1. Las facultades del Tercero son:
a) ordenar cualesquiera medidas conservatorias o medidas restitutorias que sean urgentemente necesarias ya sea para evitar el daño inminente o la pérdida irreparable, y así salvaguardar cualquiera de los derechos o bienes de una de las partes;
b) ordenar a una de las partes que efectúe a otra de las partes o a cualquier otra persona, un pago que debiera ser efectuado;
c) ordenar a una de las partes que tome cualquier medida que pudiere ser adoptada de conformidad con el contrato entre las partes, incluyendo la firma o entrega de cualquier documento o la intervención de una de las partes para procurar la firma o entrega de un documento;
d) ordenar cualesquiera medidas que sean necesarias para conservar o constituir pruebas […]».

4 Se ha reportado que hasta el año 2014 solo había sido utilizado 14 veces. CARLEVARIS, Andrea y José Ricardo FERIS. «Running in the ICC Emergency Arbitrator Rules: The First Ten Cases». En *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2014, n.º 1, vol. 25.

innovación del ICDR esto se daba por *default* y, más bien, las partes que no estuvieran de acuerdo tenían que pactar en contra de su aplicación.

Después de este gran paso, diversas instituciones arbitrales incorporaron la figura del árbitro de emergencia en sus reglamentos. Sin ánimo exhaustivo, se puede mencionar al Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (en adelante, SCC); el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (en adelante, SIAC); la ICC, a la que se ha hecho referencia previamente; el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (en adelante, HKIAC); la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (en adelante, LCIA); la Comisión Internacional China de Arbitraje Económico y Comercial (en adelante, CIETAC); entre varias otras.

En Perú, en el año 2017, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (en adelante, CCL) y el Centro Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú[5] (en adelante, PUCP) incorporaron la figura del árbitro de emergencia en sus respectivos reglamentos arbitrales. Asimismo, en el año 2020, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE incorporó el arbitraje de emergencia al Reglamento del Régimen Institucional de Arbitraje Especializado y Subsidiario en Contrataciones del Estado a cargo del SNA-OSCE, a través de la Directiva n.º 004-2020-OSCE/CD (en adelante, la Directiva), haciéndolo aplicable a los arbitrajes que se organicen y administren bajo el Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE. Más recientemente, en el año 2021, el Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercial Americana del

5 En el año 2017, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL) aprobó su actual reglamento de arbitraje, en el cual contempló la figura del árbitro de emergencia e incluyó el apéndice I, «Reglas de árbitro de emergencia». El Centro Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú recogió la figura del árbitro de emergencia en su reglamento de arbitraje en el año 2017 y, con posterioridad —en el año 2019—, aprobó la Directiva para el Servicio de Árbitro de Emergencia, que reguló su implementación.

Perú - AmCham Perú (en adelante, AmCham)[6] hizo lo propio al aprobar su nuevo reglamento de arbitraje. Esto determina la aplicación del arbitraje de emergencia no solo a los arbitrajes internacionales, sino también a los arbitrajes nacionales o domésticos que se lleven adelante en dichas instituciones, las cuales representan los principales centros de arbitraje del país.

En estricto, no existía ninguna razón, legal ni práctica, que determinara que el árbitro de emergencia no pueda ser implementado para los arbitrajes comerciales locales que no son ajenos a la misma problemática que les dio origen en materia internacional, más aún en un sistema «monista» como el peruano, en el que las reglas arbitrales siguen los parámetros internacionales previstos por la Ley Modelo Uncitral y se aplican indistintamente tanto a los arbitrajes nacionales como a los internacionales, salvo por disposiciones muy particulares.

Ahora bien, atendiendo a que los Reglamentos de los Centros de Arbitraje que prevén esta institución determinaron que la figura del árbitro de emergencia solo se aplicaría a los arbitrajes derivados de convenios arbitrales celebrados con posterioridad a su vigencia, y estos reglamentos tienen poco tiempo de emitidos, la experiencia con el arbitraje de emergencia en el Perú es todavía acotada. La utilización de este mecanismo de tutela cautelar arbitral y urgente, así como el seguimiento institucional y académico que se pueda realizar durante estos años, será clave para acumular mayores conocimientos que permitan constituir una práctica clara del arbitraje de emergencia, así como precedentes que puedan ser usados como referentes para situaciones recurrentes o problemáticas que puedan identificarse, como corresponde a toda nueva figura. Este proceso se inserta en la etapa de consolidación del arbitraje, en la que se encuentra nuestro país, con estándares propios de buenas prácticas internacionales.

---

6 El Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercial Americana del Perú - AmCham Perú aprobó su nuevo reglamento de arbitraje en julio del 2021, en el que recogió la figura del árbitro de emergencia e incluyó el apéndice III, «Reglas de árbitro de emergencia».

3. CARACTERÍSTICAS Y PROCEDIMIENTO

A continuación, se describen los elementos más distintivos del procedimiento seguido en el arbitraje de emergencia:[7]

i. Aplicable por *default*: como se ha indicado, las disposiciones sobre el arbitraje de emergencia se encuentran previstas en los propios reglamentos de arbitraje. En virtud de ello, las partes quedan sujetas al arbitraje de emergencia cuando acuerdan resolver sus controversias mediante un arbitraje regido por dichos reglamentos. Si las partes no desean que se aplique el arbitraje de emergencia, tienen que excluirlo expresamente.[8]

   A la fecha, se ha reportado que la cantidad de procedimientos de emergencia administrados en las principales instituciones arbitrales se ha elevado considerablemente y se asume que ello responde a la modalidad *opt out* recogida los reglamentos.[9] No obstante, recientemente se ha reportado también que, en algunos países, las medidas dictadas en el arbitraje de emergencia están encontrando mayores posibilidades de ser ejecutadas si es que las partes se han referido expresamente al arbitraje de emergencia en su convenio

---

7 Principalmente, se han tomado como referencia los reglamentos de la ICC, ICDR, CCL, PUCP y AmCham. En algunos casos, también se comentan disposiciones de otros reglamentos como los del SCC y SIAC.

8 Por ejemplo, el documento sobre cláusulas modelo de la ICC establece lo siguiente: «Si las partes desean excluir cualquier recurso a las Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia, deben indicarlo expresamente añadiendo el siguiente texto a la cláusula antes citada: Las Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia no serán aplicables». INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *Standard ICC Arbitration Clauses (Spanish version).* Recuperado de <https://iccwbo.org/publication/standard-icc-arbitration-clauses-spanish-version/>.

9 De acuerdo con un reporte de la ICC, entre el 2012 (año en que se incorporó el arbitraje de emergencia a su reglamento) y el 2019 se han presentado ante dicha institución 80 pedidos de arbitraje de emergencia. Es una diferencia importante si se compara con la cantidad de pedidos referidos al procedimiento precautorio prearbitral que se presentaron hasta el año 2014 (solo 14). Ver: CARLEVARIS, Andrea y José Ricardo FERIS. *Op. cit.* e INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *ICC Commission report. Emergency Arbitrator Proceedings.* 2019. Recuperado de <https://iccwbo.org/publication/emergency-arbitrator-proceedings-icc-arbitration-and-adr-commission-report/>.

arbitral, en lugar de limitarse a adoptar un reglamento arbitral que comprende dicha figura.[10]

En Perú, los reglamentos arbitrales han previsto, como regla general, la aplicación del arbitraje de emergencia por *default*; sin embargo, en el caso de la CCL y AmCham se ha regulado —como excepción— que en aquellos casos en los que el Estado es parte, el arbitraje de emergencia no será directamente aplicable, por lo que sería necesario, además del sometimiento al Reglamento Arbitral de la CCL, el sometimiento al procedimiento del árbitro de emergencia.[11]

ii. Celeridad: el arbitraje de emergencia supone que existe una especial urgencia de obtener la protección cautelar, la misma que es de tal magnitud que no puede esperar a la constitución del tribunal arbitral. Por dicha razón, el procedimiento ha sido diseñado para desarrollarse de forma muy rápida. Por ejemplo, la ICC y, a nivel local, la CCL y AmCham establecen que la decisión del árbitro de

---

10 INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *ICC Commission report. Emergency Arbitrator Proceedings. Op. cit.*

11 Reglamento de Arbitraje de la CCL
Artículo 35.- «Árbitro de emergencia
[…]
5. Las disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia no son aplicables en los siguientes supuestos:
a) si el convenio arbitral fue celebrado con antelación al inicio de vigencia del Reglamento;
b) si las partes del convenio arbitral han excluido previa y expresamente su aplicación; o
c) si el Estado interviene como parte y no existe sometimiento expreso en el convenio arbitral al procedimiento del Árbitro de Emergencia, de manera adicional al sometimiento al Reglamento o a la administración del Centro».

Reglamento de Arbitraje de AmCham
Artículo 37.- «Árbitro de emergencia
[…]
4. No serán de aplicación las disposiciones sobre la solicitud de medida de emergencia contenidas en el Reglamento y el Apéndice III en los siguientes supuestos:
a) Cuando el convenio arbitral fue celebrado antes de la vigencia de este Reglamento.
b) Cuando las partes acordaron excluir la aplicación de las disposiciones sobre Árbitro de Emergencia; o
c) Cuando el Estado sea parte del arbitraje».

emergencia debe dictarse, a más tardar, dentro del plazo de quince días contados, respectivamente, desde que el expediente del caso es entregado al árbitro y desde que las partes son notificadas con el nombramiento del árbitro. En un caso más extremo, el Reglamento del SCC establece un plazo máximo de cinco días contados desde la fecha en que se remitió la solicitud al árbitro de emergencia. Asimismo, a nivel local, la directiva del OSCE dispone un plazo de diez días, lo que podría resultar muy ajustado, considerando que este plazo se contabiliza desde la fecha en que se presentó la petición y al mismo tiempo se establece un traslado de cinco días para la contraparte.

Otras normas, como las del Centro de Arbitraje de la PUCP, no establecen un término máximo para emitir la decisión; sin embargo, los plazos regulados para las posibles actuaciones dentro del procedimiento del arbitraje de emergencia (admisión, subsanación, designación y aceptación del árbitro, traslados y recusaciones) son sumamente cortos (de entre 1 a 3 días). De manera que, sumando dichos términos, se puede concluir que el procedimiento, en principio, está igualmente diseñado para concluir (más/menos) en un par de semanas.

Evidentemente, esto también va a depender bastante de la actitud de las partes y del manejo del árbitro de emergencia. En efecto, si bien en la mayoría de los casos se ha previsto la posibilidad de ampliar los plazos establecidos; esta no es una decisión completamente libre, sino que debe responder al acuerdo de las partes, a la solicitud motivada del árbitro o a la intervención del órgano director o superior correspondiente de la institución arbitral. Más importante aún, los datos indican que, en la práctica arbitral, los árbitros de emergencia, efectivamente, están cumpliendo con

emitir la decisión en un máximo de 15 días o muy poco tiempo después (entre el día 16 y el día 19).[12]

Esto es importante en un país como el nuestro, en el que pedidos que han sido encauzados como urgentes suelen tener que soportar los estragos del tiempo que demora su tramitación; lo que desnaturaliza los procedimientos creados para atenderlos. Frente a ello, tenemos que la celeridad es un atributo que viene siendo celosamente cautelado por las buenas prácticas internacionales del arbitraje de emergencia y así también debe mantenerse en nuestro país.

iii. Flexibilidad: considerando la urgencia y la rapidez del procedimiento, se ha previsto que los árbitros de emergencia tengan suficiente flexibilidad para conducir las actuaciones de la manera que mejor asista a las circunstancias del caso. En ese sentido, los Reglamentos de Arbitraje de la CCL (apéndice I) y AmCham (apéndice III), establecen que los árbitros dirigen el procedimiento de la manera que consideren más adecuada, teniendo en cuenta la urgencia y la naturaleza de la medida solicitada, así como la necesidad de resolver el pedido en el menor tiempo posible. Por su parte, el Centro de Arbitraje de la PUCP no contiene una cláusula general similar; sin embargo, sí hace referencia a manifestaciones específicas de esta capacidad de dirección. Por ejemplo, establece que el árbitro puede decidir si es que se corre traslado o no de la solicitud de arbitraje (aspecto sobre el que regresaremos más adelante), así como determinar la admisión de medios probatorios y los plazos para su actuación.

A nivel internacional, la ICC y la ICDR establecen que una vez designado el árbitro de emergencia, este debe fijar un calendario para el procedimiento, lo que significa que podrá determinar en

12 INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *ICC Commission report. Emergency Arbitrator Proceedings. Op. cit.*

dicho acto cómo y cuándo se desarrollarán las actuaciones de acuerdo con las necesidades y circunstancias del caso. La fijación de un calendario procesal también se encuentra regulada, a nivel local, en el Reglamento de AmCham, aunque esto no significa que no se haga *de facto*, en las otras instituciones arbitrales de nuestro país, independientemente de que sus Reglamentos no lo mencionen expresamente para el arbitraje de emergencia. De hecho, lo primero que suelen hacer los árbitros de emergencia es emitir una orden procesal con las reglas del procedimiento a desarrollarse y en ella incluyen los plazos para las actuaciones del procedimiento.

Como práctica arbitral, resulta positivo establecer las reglas y un calendario procesal muy temprano en el procedimiento, dado que esto ayuda a ordenar las actuaciones de las partes en un contexto donde el tiempo es clave. De lo contrario, puede pasar, por ejemplo, que una o ambas partes presenten un número indeterminados y sucesivo de escritos y absoluciones alargando de forma desordenada el debate procesal. Frente a ello, y considerando el término acotado del procedimiento, es mejor establecer un *iter* claro de actuaciones estelares que permitan adoptar una decisión dentro del plazo establecido, a la vez que se brinda a las partes una oportunidad suficiente —pero coherente con la urgencia del caso— para exponer sus posiciones.

De igual manera, los reglamentos establecen que el árbitro puede utilizar los medios que considere más convenientes, tales como audiencias, llamadas telefónicas, videoconferencias, comunicaciones escritas u otras similares. Como se ha mencionado, no hay una sola forma de conducir el procedimiento. Los árbitros de emergencia pueden, por ejemplo, decidir sobre el pedido solo sobre la base de los escritos de posiciones o llamar a las partes a una audiencia utilizando, de ser el caso, los medios que estimen más

adecuados. En todos los casos, el límite de estas libertades se encuentra en la exigencia de otorgar a ambas partes una posibilidad razonable de presentar sus posiciones (esto, por supuesto, dentro de la lógica de un procedimiento urgente), de modo que ambas tengan las mismas oportunidades para ejercer su defensa.

iv. Medida de emergencia y solicitud de arbitraje: por lo general, los pedidos de medidas de emergencia se pueden formular antes, después o de manera simultánea a la presentación de la solicitud de arbitraje; no obstante, algunos reglamentos, como los del ICDR y el SIAC, establecen que la solicitud de medidas de emergencia solo puede presentarse en simultáneo o con posterioridad a la solicitud de arbitraje (evidentemente, siempre antes de la conformación del tribunal arbitral).

Ahora bien, fuera de estos casos específicos, es razonable asumir que por la urgencia de la situación, muchas veces la parte interesada estará inclinada a buscar la medida de emergencia incluso antes de formular su solicitud de arbitraje y esto es permitido por la mayoría de los centros arbitrales. Sin embargo, en esos casos, los reglamentos suelen establecer plazos cortos para que la parte cumpla con presentar su solicitud arbitral; en caso contrario, el procedimiento cesa o se archiva y, de haberse dictado, la medida cautelar de emergencia queda sin efecto.[13]

Como una recomendación extraída de la práctica arbitral se puede resaltar que las instituciones arbitrales deben establecer los protocolos necesarios para hacer el seguimiento del decurso de este plazo, dado que internamente la tramitación del expediente del arbitraje de emergencia es independiente del eventual arbitraje de

[13] El Reglamento de la CCL (apéndice I) y el Reglamento de AmCham (apéndice III) establecen un término de 10 días, mientras que el Reglamento de la PUCP (directiva de la PUCP para el servicio de árbitro de emergencia) establece un término de 15 días para presentar la solicitud de arbitraje.

fondo a iniciarse, e inclusive suele asignarse a secretarios arbitrales distintos dentro de la institución. Esto significa que, a menos que la parte o el centro de arbitraje se lo informe, el árbitro de emergencia no va a saber si se ha presentado o no la solicitud de arbitraje dentro del plazo establecido, dado que esta no se formula ante su despacho. Otra alternativa es que, dentro de las reglas del procedimiento y el calendario procesal, el árbitro de emergencia requiera a la parte interesada para que informe acerca del cumplimiento de este requisito dentro del plazo correspondiente y/o lo recoja como una condición para la vigencia de su eventual decisión.

Sobre este punto, el Reglamento de la ICC establece expresamente que corresponde al presidente de la corte terminar el procedimiento en caso no se haya cumplido con presentar la solicitud de arbitraje; por lo tanto, la institución realiza esta verificación. En los centros arbitrales en los que no exista una regla similar, la carga de decretar la consecuencia que establezca el reglamento por la falta de presentación de la solicitud de arbitraje (archivamiento, cese de vigencia, etc.), puede recaer en el árbitro. Por lo tanto, las prácticas sobre gestión de casos deben tener en consideración la posibilidad de que este incidente se presente y prever los protocolos adecuados para permitir al árbitro verificar el cumplimiento de este requisito.

Para finalizar con este punto, se debe mencionar que, sin perjuicio del plazo establecido para formular la solicitud de arbitraje, la mayoría de los reglamentos, como sucede con los de la CCL, AmCham y la ICC recogen la posibilidad de que dicho plazo sea extendido por el árbitro de emergencia. El reglamento de AmCham es particularmente restrictivo al indicar que esta posibilidad está sujeta al pedido de parte y a la existencia de razones justificadas, mientras que los reglamentos de la CCL y la ICC solo aluden a la determinación del árbitro de emergencia acerca de la necesidad de

contar con un plazo mayor. No obstante, considerando el deber de imparcialidad con el que se deben conducir todos los árbitros, estimamos que, en todos los casos, deberán existir razones que justifiquen la necesidad de ampliar el plazo establecido para formular la solicitud arbitral. Como resulta evidente, con esto se busca evitar peticiones de medidas de emergencia que no se sustenten en posiciones serias y/o que traten de instrumentalizar este mecanismo como una forma de presionar a la contraparte.[14]

v. Requisitos de la petición de medida de emergencia: en términos generales, la petición debe contener la identificación y datos de las partes, la indicación de la medida solicitada, una descripción de las circunstancias que han dado lugar a la petición y a la controversia sometida o que será sometida a arbitraje, el convenio arbitral, las razones por las cuales la parte necesita la medida con tal urgencia que no puede esperar a la constitución del tribunal arbitral y la acreditación del pago del procedimiento, a fin de que se dé trámite a la petición.

A manera de comentario, se ha observado que, algunas veces, las partes interpretan la referencia a «descripción de la controversia sometida o que será sometida a arbitraje» como una narración general de los hechos o de los aspectos conflictivos entre ellas, pero no indican cuáles podrían ser sus pretensiones frente a esa controversia. Al respecto, se debe destacar que entender los aspectos generales de controversia no significa que el árbitro de emergencia pueda anticipar qué se va a solicitar en el arbitraje. Esto corresponde a la estrategia procesal de cada parte y es importante para evaluar la adecuación de la medida de emergencia que se está solicitando, es decir, si la medida guarda coherencia con la pretensión que se va a proponer en el arbitraje, aspecto sobre el que

14 FERNÁNDEZ, Enrique. «La irrupción del árbitro de emergencia en el arbitraje comercial internacional». En *Cuadernos de derecho Transnacional,* 2017, n.º 1, vol. 9, pp. 82-98.

regresaremos más adelante al tratar los estándares del pronunciamiento. Por lo tanto, es importante que las partes incluyan en su pedido las posibles pretensiones que plantearán en el arbitraje.

Como último punto a tener en cuenta se debe mencionar que después de la presentación de la petición, y antes que sea puesta en conocimiento del árbitro, la mayoría de las instituciones arbitrales hace una revisión preliminar de aspectos formales de admisibilidad y procedencia del arbitraje de emergencia. Por ejemplo, verifican si el arbitraje de emergencia resulta aplicable de acuerdo con el convenio arbitral.[15] No obstante, como regla general, cualquier vicio tendría que ser manifiesto para que la institución lo rechace en este punto. Lo que corresponde es que, ante la duda, la solicitud de medida urgente sea admitida y sea el árbitro el que realice la evaluación correspondiente acerca de la aplicabilidad o no del procedimiento.[16]

vi. Restricción de medidas cautelares *ex parte*: en la mayoría de los reglamentos, la posibilidad de dictar una medida cautelar sin conocimiento previo de la contraparte no ha sido contemplada o se considera proscrita. Por lo general, la petición de la medida suele ser notificada a la contraparte, tan pronto como sea posible, luego

---

15 Por ejemplo, de acuerdo con el artículo 1(5) del apéndice V, de las Reglas de la ICC, el presidente de la Corte verifica los requisitos de los artículos 29(5)(6) del Reglamento. Esto es que el procedimiento de arbitraje de emergencia recaiga sobre partes signatarias, que el convenio arbitral haya sido adoptado después del 1 de enero de 2012 (fecha en la que se incorporó la figura del arbitraje de emergencia), que las partes no hayan excluido al arbitraje de emergencia y que el acuerdo de arbitraje en que se sustenta la petición no derive de un tratado. Solo si el presidente de la Corte considera que el pedido cumple estos requisitos, la secretaría lo traslada a la contraparte y se designa al árbitro de emergencia. De lo contrario, se informa que el procedimiento de arbitraje de emergencia no tendrá lugar.

16 De acuerdo con la Comisión sobre procedimientos de arbitraje de emergencia de la ICC, hasta el 2019 de un total de 80 solicitudes para procedimientos de emergencia, solo 2 fueron rechazadas de plano por el presidente de la Corte de la ICC. Asimismo, en 2 casos se admitieron las solicitudes, pero no respecto de todas las partes y, al menos, en otros 2 casos, el presidente tuvo observaciones sobre aspectos controvertidos de la solicitud, pero lo trasladó al árbitro de emergencia para que este lo revise. INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *ICC Commission report. Emergency Arbitrator Proceedings. Op. cit.*

de la evaluación preliminar que realizan las instituciones arbitrales para descartar algún supuesto manifiesto por el cual el arbitraje de emergencia no resulte aplicable o, a lo sumo, con la aceptación del árbitro de emergencia por parte de la institución, lo que también ocurre en un plazo muy corto (2 o 3 días de presentada la solicitud).

En el caso de la ICC, el reporte elaborado por la comisión a cargo de evaluar la experiencia institucional con el arbitraje de emergencia, determinó que las medidas auténticamente *ex parte* son incompatibles con su reglamento, dado que en este estipula que el pedido de medidas de emergencia debe ser trasladado a la contraparte en cuanto el presidente de la corte verifique el cumplimiento de los requisitos elementales para su tramitación (artículo 1, apéndice V), lo que puede ocurrir antes de que se constituya un árbitro de emergencia. Es decir, bajo esta interpretación se ha entendido que el presidente de la corte no tiene la posibilidad de retener el pedido hasta la designación y aceptación del árbitro; por lo tanto, no se acepta el escenario de un pedido que no llegue a ser de conocimiento de la contraparte.[17] Por otro lado, en el caso particular del ICDR, el reglamento establece que el solicitante tiene que enviar su pedido de medida de emergencia a su contraparte en simultáneo a su interposición ante la institución, por lo que no existe si quiera intervalo entre la formulación del pedido y el traslado a las partes involucradas.

En Perú, el Reglamento de la CCL establece que la secretaría notifica el pedido de medida de emergencia a la contraparte «tan

[17] A manera de precisión, algunas posiciones sostienen que, una vez que se designe al árbitro de emergencia, este podría adoptar medidas provisionales para mantener el *statu quo* en tanto espera la respuesta de la contraparte. Sin embargo, va a depender de la consideración del árbitro de emergencia, dado que también se han reportado decisiones en las que se ha rechazado esta posibilidad bajo la consideración de que no puede conceder medida alguna sin haber otorgado la oportunidad a la contraparte de que presente su defensa. INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *ICC Commission report. Emergency Arbitrator Proceedings. Op. cit.*

pronto como sea posible» y en AmCham esto sucede con la comunicación de la aceptación del árbitro de emergencia. Por otro lado, la directiva de la PUCP para el servicio de árbitro de emergencia ha establecido una importante excepción para el tema en comentario. Así, en su artículo 4 dicha normativa dispone que, con su aceptación, el árbitro de emergencia debe pronunciarse acerca de la necesidad o no de poner en conocimiento de la contraparte el pedido de medida cautelar que ha sido formulado. Si decide que es necesario, recién se confiere traslado del pedido informando de su existencia a la contraparte.

Se debe tener en cuenta que, en Perú, los tribunales arbitrales pueden conceder medidas cautelares sin contradictorio previo, pero solo excepcionalmente.[18] En el caso del arbitraje de emergencia, las reglas aplicables y la doctrina internacional coinciden en que el árbitro debe velar por que cada parte tenga una oportunidad razonable de presentar su posición en lo concerniente a la solicitud de medidas de emergencia. Asimismo, se tiene en cuenta el diseño sumario que ya tiene el procedimiento (lo que reduce el riesgo de comunicar el pedido a la contraparte) y la necesidad de evitar el abuso de este mecanismo (que se incrementa si no se escucha a la parte que soportará la medida). Con base en lo anterior, es claro que la regla es el contradictorio previo y este solo puede ser limitado en situaciones excepcionales, siempre que el reglamento lo permita (dado que, como se ha indicado, el diseño de algunos reglamentos no lo admite) y en tanto se demuestre que existe un peligro claro de volver ineficaz la medida urgente.

---

18 Decreto Legislativo n.º 1070 (en adelante, la Ley de Arbitraje):
Artículo 47.- «[…] 3. El tribunal arbitral, antes de resolver, pondrá en conocimiento la solicitud a la otra parte. Sin embargo, podrá dictar una medida cautelar sin necesidad de poner en conocimiento a la otra parte, cuando la parte solicitante justifique la necesidad de no hacerlo para garantizar que la eficacia de la medida no se frustre. Ejecutada la medida podrá formularse reconsideración contra la decisión».

A nivel de práctica arbitral, también es recomendable que las partes realicen un ejercicio de autorregulación y no soliciten innecesariamente la tramitación *ex parte* de sus pedidos de medida de emergencia a menos que estén absolutamente seguras de que la excepcionalidad de sus circunstancias lo demanda. De lo contrario, puede que solo consigan retrasar la tramitación del procedimiento y, consecuentemente, la obtención de la medida buscada (porque el árbitro de emergencia va a tener que ponderar primero esta solicitud antes de iniciar cualquier actuación), con una alta probabilidad de que, igualmente, su pedido sea rechazado.

vii. No puede dirigirse contra partes no signatarias: en el caso de la ICC, el artículo 29(5) especifica que el arbitraje de emergencia: «se aplicarán solo a las partes que sean signatarias del acuerdo de arbitraje bajo el Reglamento que sirve de base a la solicitud o que sean sucesores de dichas signatarias».

Esto responde a la necesidad de evitar que cuestionamientos a la competencia del árbitro puedan demorar el procedimiento, más aún si se tiene en cuenta que el pronunciamiento de un árbitro de emergencia se realiza con base en una apreciación sumarísima que se sustenta en una primera impresión de posibilidades favorables para el solicitante de la medida y que, de esperar la continuación del el *iter* del arbitraje, el perjuicio que sufrirá el demandante será considerablemente mayor, pudiendo ser incluso irreparable. Si a este análisis preliminar se le incorpora, además, la evaluación de la existencia de otras partes vinculadas con el convenio arbitral pese a no ser signatarias, las posibilidades de error se elevan y la capacidad de mantener la celeridad del procedimiento disminuye, dada la complejidad que este tipo de análisis puede requerir, incluyendo la necesidad de mayores actuaciones probatorias.

Ahora bien, como todo en derecho, correspondería utilizar la expresión «en principio». Se puede pensar, por ejemplo, en un caso

en que la existencia de partes no signatarias sea realmente clara y se logre demostrar que es precisamente esta situación la que con deslealtad procesal pretende ser utilizada por la contraparte para burlar el derecho de quien solicita la medida. En tal supuesto, se puede ponderar que la legislación nacional no ha limitado esta posibilidad, con lo cual no podemos descartar, siempre que el reglamento institucional al que se han sometido las partes lo permita, un pronunciamiento que alcance a partes no signatarias, en la medida que, con base en un análisis sumarísimo pueda advertirse con mucha claridad que hay partes que han dado su consentimiento al arbitraje y han ejecutado el contrato que contiene el convenio arbitral, o que han derivado derechos y obligaciones de este. Naturalmente, estamos hablando de un caso con características muy especiales en donde, además, la necesidad de evaluar la figura de la parte no signataria debe estar inescindiblemente ligada a la eficacia de la medida de urgencia que se ha solicitado y debe ser posible realizar esta evaluación dentro del marco del procedimiento de emergencia.

Fuera de este escenario más excepcional, se debe tener en cuenta que, debido a consideraciones de especialidad y dada la celeridad del procedimiento, la regla general es que la evaluación respecto a la extensión del convenio arbitral a una parte no signataria, salvo casos muy especiales, tendría que ser realizada por el tribunal arbitral. En ese sentido, la actuación del árbitro de emergencia solo podrá alcanzar a las partes que hayan suscrito el convenio arbitral, lo que deberá apreciarse de forma manifiesta.

viii. El caso especial de los arbitrajes sobre tratados de inversión: como se ha mencionado, el artículo 29(5) del Reglamento de la ICC establece que las reglas sobre el arbitraje de emergencia solo son aplicables a las partes signatarias. Aunque el texto tiene un alcance más general, esta disposición fue entendida como una res-

tricción para la aplicación del procedimiento de arbitraje de emergencia a los arbitrajes de inversión, debido a la manera particular como se perfecciona el consentimiento en esos casos.[19]

Recientemente, este posicionamiento de la ICC se hizo expreso con la modificación del artículo 29(6) de su reglamento, el cual entró en vigor en enero del año 2021. Actualmente, dicho artículo estipula que: «Las Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia no serán aplicables si: (...) c) el acuerdo de arbitraje en que se fundamenta la petición deriva de un tratado».

En general, la expansión del arbitraje de emergencia ha sido considerablemente más acotada en el ámbito del arbitraje de inversión. Actualmente, solo se tiene conocimiento de tres principales cuerpos de reglas bajo las cuales se admite, con distintas particularidades,[20] la aplicación de esta figura a los arbitrajes de inversión, estos corresponden al SCC, el SIAC y la CIETAC, siendo que solo el SCC concentra los ocho casos que se han reportado hasta la fecha.[21]

---

19 Así lo reconoció la Comisión de la ICC sobre Arbitrajes que involucran a Estados y entidades estatales: INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *ICC Commission report on Arbitration Involving States and State Entities under the ICC Rules of Arbitration.* 2017. Recuperado de <https://iccwbo.org/publication/arbitration-involving-states-state-entities-icc-rules-arbitration-report-icc-commission-arbitration-adr/>.

20 Ver: MARKERT, Lars y Raeesa RAWAL. «Emergency Arbitration in Investment and Construction Disputes: An Uneasy Fit?». En *Journal of International Arbitration*, 2020, n.º 1, vol. 37, pp 131-142.

21 WU, Quian. *Jurisdiction of Emergency Arbitrator in Investment Treaty Arbitration*. 2019. Recuperado de <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/06/28/jurisdiction-of-emergency-arbitrator-in-investment-treaty-arbitration/>. Para conocer más detalles sobre los casos resueltos se recomienda también revisar: CHUNG, Kyongwha. «Emergency Arbitrator Procedure in Investment Treaty Disputes: To Be or Not To Be». En *The Journal of World Investment & Trade*, 2019, n.º 1, vol. 20, pp. 98-145 y SWEE, Koh. «The Use of Emergency Arbitrators in Investment Treaty Arbitration». En *ICSID Review*, 2016, n.º 3, vol. 31, pp. 534-538.

Entre varias consideraciones,[22] la exclusión del procedimiento de arbitraje de emergencia en estos casos se suele justificar con el argumento de que las características y, sobre todo, la sumariedad del arbitraje de emergencia, conveniente para el arbitraje comercial, no resulta fácilmente trasladable al arbitraje de inversión y, especialmente, puede resultar desfavorable para la parte estatal. La complejidad y especialidad del tema excede los alcances del presente trabajo; sin embargo, se puede anotar que se está gestando una interesante discusión orientada a revisar críticamente las consideraciones que han limitado la aplicación del arbitraje de emergencia también en este ámbito.

ix. Designación del árbitro de emergencia: como regla general, la designación está a cargo de las instituciones arbitrales.[23] Esto responde a la celeridad del procedimiento (se toman entre uno y dos días para efectuar la designación) y a la consecuente necesidad de evitar incidentes que puedan demorar su avance. Como también es evidente, ningún árbitro de emergencia puede ser nombrado después de la constitución del tribunal arbitral.[24]

x. Deberes de los árbitros: al tratarse de un árbitro, este debe estar sujeto a los mismos deberes éticos que corresponden a aquellos que conformarán el tribunal arbitral. Generalmente, los reglamentos han establecido expresamente el deber de los árbitros de emergencia de ser y permanecer imparciales e independientes. A nivel

---

22 Ver: ALNABER, Rania. *Op. cit.*, y CHATZIPAVLOU, Vasileios. *The use of Emergency Arbitrator Procedure in Investment Treaty Arbitration Counterweight to States Regulatory Powers or Uneven Head-Start for Investors?* Tesis de máster, Universidad de Amsterdam, 2017.

23 No obstante, Fry señala que el reglamento del Instituto de Arbitraje de Holanda - NAI permite que la designación se realice conforme al procedimiento de nombramiento que hayan establecido las partes. Se debe precisar que dicho reglamento regula un mecanismo afín al discutido en el presente trabajo, pero no usa la terminología «árbitro de emergencia». FRY, Jason. «The Emergency Arbitrator - Flawed Fashion or Sensible Solution?». En *Dispute Resolution International*, 2013, n.º 2, vol 7, pp. 179-197.

24 No obstante, SANTACROCE, Fabio. «The Emergency Arbitrator: A Full-Fledged Arbitrator Rendering an Enforceable Decision?». En *Arbitration International*, 2015, n.º 2, vol. 31, pp. 283-312.

local, los Reglamentos de la CCL (apéndice I) y de AmCham (apéndice III) prevén que el árbitro de emergencia debe suscribir una declaración de independencia e imparcialidad, mientras que la Directiva sobre el Servicio de Árbitro de Emergencia de la PUCP dispone que los árbitros de emergencia están sujetos a todas las disposiciones establecidas en el reglamento y el código de ética de la institución.

Asimismo, siguiendo la pauta de otras instituciones arbitrales en el mundo, estos centros de arbitraje también recogen el impedimento de que los árbitros de emergencia actúen, posteriormente, como árbitros en el tribunal arbitral en el caso concreto o en cualquier otro relacionado con la controversia que haya dado origen a su nombramiento. Sobre el particular, a nivel internacional podemos encontrar una excepción a esta regla en el reglamento del ICDR, el cual permite a las partes pactar en contra de dicha prohibición.

xi. Recusación: las partes pueden cuestionar la designación del árbitro de emergencia, para lo cual se establecen plazos que suelen ser muy breves (de uno a tres días desde que se notifica la designación del árbitro o desde que la parte toma conocimiento de las circunstancias que sustentan la recusación). Los reglamentos no especifican los motivos o causales de la recusación; sin embargo, consideramos que el régimen debería ser el mismo que se aplicaría a los árbitros que conformarán el tribunal arbitral, lo que implicaría que incluso habiéndose recusado al árbitro, y atendiendo a la probada necesidad de una medida urgente, la recusación no debería suspender el trámite del procedimiento, lo que ha sido expresamente establecido en algunos de los reglamentos revisados, como es el caso del Centro de Arbitraje de la PUCP y AmCham. De no ser así, para volver ineficaz la figura del arbitraje de emergencia bastaría con recusar al árbitro para que su pronunciamiento deje de

tener el elemento de «prontitud» y urgencia que le es consustancial. Sin perjuicio de ello, también será importante la capacidad de respuesta que tengan los órganos institucionales para resolver estos pedidos dentro de un plazo coherente con la celeridad del procedimiento.

xii. Sede del procedimiento: será la que las partes hayan acordado. A falta de acuerdo sobre el particular, será la que determine la institución arbitral.

xiii. Decisión: todos los reglamentos establecen la vinculación de las partes respecto de la decisión emitida por el árbitro de emergencia. Asimismo, señalan que esta debe ser motivada y debe incluir la evaluación y pronunciamiento del árbitro de emergencia respecto de su propia competencia, en aplicación del principio *kompetenz- kompetenz*.[25]

Con respecto a la forma, se reconoce teóricamente que la decisión puede emitirse como «orden» o «laudo» parcial o provisional (*interim award*). Algunos reglamentos no lo especifican y se refieren solo a la «decisión», sin entrar a delimitar la forma específica que deberá adoptar; otros establecen expresamente que puede ser una o la otra (p. ej. ICDR y SIAC); y otros solo una de ellas. En el caso de la ICC o, en nuestro país, el Centro de Arbitraje de la PUCP, establecen específicamente que la decisión deberá adoptar

[25] Como señala Born: «Si bien es claro que este principio implica que los árbitros tienen jurisdicción para pronunciarse respecto de su propia competencia, su extensión y alcances varían según cada sistema legal. Así, por ejemplo, algunos sistemas establecen que el pronunciamiento jurisdiccional que emitan los árbitros sobre su competencia no podrá ser materia de revisión judicial, en contraste a otros sistemas que sí permiten esta revisión. Incluso en este último supuesto algunos consideran que la revisión de la decisión por la autoridad judicial se debe dar en forma interlocutoria [es el caso de la Ley Modelo Uncitral], mientras que otros [como el sistema peruano, por ejemplo] consideran que dicha revisión puede darse, pero se deberá esperar a la emisión del laudo final». BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Austin: Kluwer International Law, 2014, pp. 1049-1050.

la forma de orden. Como se explicará más adelante, la forma puede ser relevante para la ejecución de la decisión.

xiv. Revisión de la decisión: la decisión del árbitro de emergencia, en particular, y por naturaleza toda medida cautelar, en general, es provisional. En ese sentido, los reglamentos reconocen la facultad del tribunal arbitral para revisar, modificar o dejar sin efectos la decisión del árbitro de emergencia.

La mayoría de los reglamentos también reconoce dicha facultad al propio árbitro de emergencia con respecto a su decisión, siempre que todavía no se encuentre constituido el tribunal arbitral. Por otro lado, aunque no es una forma de revisión, la decisión también dejará de tener efectos si se declara fundada la recusación en contra del árbitro de emergencia, o si la parte solicitante no cumple con presentar su solicitud de arbitraje dentro del plazo establecido.

xv. Costos: el importe del arbitraje de emergencia suele ser alto. Por ejemplo, en la ICC el peticionante debe abonar la suma de US$ 40 000, mientras que en Perú los costos de inicio se encuentran entre los US$ 10 000 y US$ 15 000,[26] con la posibilidad de que sean incrementados por la institución arbitral con base en la complejidad del caso y la naturaleza del trabajo realizado.

Se ha sostenido que los altos costos del procedimiento responden a la necesidad de establecer una barrera contra el uso abusivo de este mecanismo.[27] Los costos de inicio deben ser cancelados por el peticionante para que se dé trámite a su solicitud. Sin embargo, en su decisión sobre la medida de emergencia solicitada, el árbitro

---

26 Directiva de la PUCP para el Servicio de Árbitro de Emergencia, Tabla de Aranceles del Centro de Arbitraje de la CCL y de AmCham (tipo de cambia actual).

27 INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *ICC Commission report. Emergency Arbitrator Proceedings. Op. cit.*

de emergencia deberá pronunciarse sobre los costos del procedimiento, estableciendo qué parte deberá asumirlo y, de ser el caso, en qué medida se distribuirán entre las partes.

xvi. Jurisdicción concurrente: el árbitro de emergencia constituye una vía alterna o concurrente al Poder Judicial, así se encuentra previsto en los diferentes reglamentos de arbitraje comercial nacional e internacional. Es decir, su existencia no implica que las partes tengan que utilizarlo necesaria y preferentemente por encima de las cortes judiciales, pues estas seguirán teniendo competencia para pronunciase de manera previa a la conformación del tribunal arbitral si el solicitante de la medida urgente optase por recurrir a esta vía.

Sin embargo, recientemente se ha reportado posiciones[28] en la línea de hacer al arbitraje de emergencia una vía forzosa en los casos en los que haya sido previsto, dejando a las cortes judiciales un rol supletorio mucho más estrecho (medidas *ex parte* o alcances a terceros). Sobre el particular, consideramos que existen motivos para justificar la regulación del arbitraje de emergencia como vía alterna.

Primero que nada, el arbitraje de emergencia ha sido pensado como una opción y no se puede asumir que en todos los casos sea «la mejor opción». Bajo determinadas circunstancias, puede ser preferible acudir directamente al Poder Judicial, especialmente si es un acto que puede requerir la ejecución por un tercero o la realización de una obligación de hacer, aspecto que retomaremos más adelante. Asimismo, considerando el estado todavía temprano de la figura, sería aconsejable ganar un poco más de expe-

28 Ver: ALNABER, Rania. *Op. cit.*

riencia antes de instituir al arbitraje de emergencia como vía preferente. De lo contrario, en lugar de promover su utilización se podría generar que las partes lo excluyan de sus convenios.

Lo que se debería evitar es que las partes utilicen las dos vías para «probar suerte». Esta sería una práctica que contrapone a ambas autoridades (juez y árbitro de emergencia) y generaría un riesgo de decisiones contradictorias, que no es acorde con el debido proceso y la buena fe que debe mediar en la conducta de las partes. Aspectos como estos necesitan ser regulados para garantizar el leal funcionamiento del arbitraje de emergencia[29] y mientras que esto se «afina», con base en la casuística, debemos apelar al buen criterio de los juzgadores como actores que podrían encontrarse en la posición de tener la última palabra sobre el tema.

4. ESTÁNDARES DEL PRONUNCIAMIENTO

Por lo general, los reglamentos institucionales siguen una línea no prescriptiva y no establecen estándares específicos para evaluar un pedido

[29] Sobre el particular, el Reglamento de la ICC establece:
Artículo 29.- «[…]
7. Las Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia no impiden que cualquier parte solicite medidas cautelares o provisionales urgentes de una autoridad judicial competente en cualquier momento antes de la solicitud de dichas medidas, y en circunstancias apropiadas aun después, de conformidad con el Reglamento. Cualquier solicitud de tales medidas a una autoridad judicial no contraviene al acuerdo de arbitraje ni constituye una renuncia a este. Dicha solicitud, así como cualquier medida adoptada por la autoridad judicial, debe ser notificada sin dilación a la Secretaría».
En Perú, la Directiva de la PUCP sobre arbitraje de emergencia establece:
Artículo 13.- «Medidas Cautelares en Sede Judicial
El derecho de las partes de recurrir a un Árbitro de Emergencia no impide que soliciten medidas cautelares ante una autoridad judicial competente, no obstante, la tutela cautelar judicial y las Medidas de Emergencia reguladas en la presente Directiva son excluyentes entre sí».

cautelar.[30] Asimismo, la mayoría de los árbitros no se consideran vinculados por la *lex arbitri* o la *lex contractus* y prefieren aplicar los criterios que se han desarrollado en la práctica del arbitraje internacional.[31]

Sobre el particular, los presupuestos establecidos en la Ley Modelo de Uncitral[32] han sido considerados una fuente internacional que puede guiar la decisión de los árbitros. De igual manera, en la doctrina y la práctica arbitral se han reconocido determinados criterios, entre los cuales se pueden destacar los siguientes: (i) *prima facie jurisdiction*; (ii) urgencia y riesgo de daño irreparable; (iii) *prima facie case* o probabilidad razonable de éxito; y, (iv) proporcionalidad.[33]

Es importante tener en cuenta que si bien existen lineamientos consolidados, la aplicación de estos a nivel internacional no es necesariamente monolítica, lo que resulta razonable considerando que dependen de la propia práctica arbitral, la cual es dinámica, de manera que incluso bajo los mismos parámetros se pueden identificar matices en los alcances o contenidos específicos que asignan los árbitros.[34] Sin

---

30 Como excepción se pueden mencionar las reglas del Centro Australiano de Arbitraje Comercial Internacional, el cual se refiere a los requisitos de: (i)daño irreparable; (ii) dicho daño debe superar sustancialmente aquel que podría causarse a la parte afectada por la medida si es que esta se concediera; y (iii) posibilidad razonable de que el pedido de la parte solicitante tenga éxito por el fondo (artículo 37).

31 INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *ICC Commission report. Emergency Arbitrator Proceedings. Op. cit.*

32 Ley Modelo de Uncitral
Artículo 17-A.- «Condiciones para el otorgamiento de medidas cautelares
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 de que:
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».

33 ALNABER, Rania. *Op. cit.*; BORN, Gary *Op. cit.*; INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *ICC Commission report. Emergency Arbitrator Proceedings. Op. cit.*; *Yesilimark*, Ali. *Op. cit.*

34 Por ejemplo, se han resaltado los casos de TSIK Invest LLC vs. Moldova los cuales, a pesar de compartir una base fáctica, obtuvieron respuestas distintas. CHATZIPAVLOU, Vasileios. *Op.*

perjuicio de ello, a continuación, se comentan algunos aspectos esenciales que se ha podido identificar.[35]

i. *Prima facie jurisdiction*: el árbitro debe evaluar si está en aptitud de conocer el pedido, en tanto existan los presupuestos que habilitan su competencia.[36] Esto puede significar distintos tipos de evaluación. Por ejemplo, verificar si existe un convenio arbitral que permita suponer, *prima facie*, que un tribunal arbitral podrá constituirse válidamente para conocer la controversia de las partes,[37] dado que sin esto el mismo árbitro de emergencia no tendría aptitud para conocer el pedido cautelar. Asimismo, y más específicamente referido a su rol, el árbitro debe determinar si se ha habilitado el procedimiento de arbitraje de emergencia de acuerdo con lo establecido en el convenio arbitral. Esto puede significar verificar tanto el texto como la fecha en que se suscribió el convenio para cotejarlo con la aplicación de una versión del reglamento arbitral que, efectivamente, hubiera regulado el arbitraje de emergencia.

---

cit. Al respecto, Alnaber alude, de forma particular, a los diferentes alcances dados al requisito de daño irreparable (ALNABER, Rania. *Op. cit*.). Asimismo, con una visión más global, los márgenes discrecionales sobre los estándares para conceder las medidas provisionales también se pueden apreciar de la revisión de casos sobre arbitraje de emergencia que publicó la ICC (INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *ICC Commission report. Emergency Arbitrator Proceedings. Op. cit*.).

35 Se debe tener en cuenta que existen también requisitos de admisibilidad previstos en algunos reglamentos, los cuales varían en complejidad y cuya verificación puede recaer tanto en algún órgano de la propia institución arbitral como en el propio árbitro de emergencia. Dependiendo del Reglamento, estos requisitos pueden tener puntos de encuentro con los presupuestos sustantivos que se desarrollan en este acápite sin que ello implique que tengan la misma naturaleza; por lo tanto, será importante tener en cuenta las reglas aplicables al caso concreto para delimitar los alcances específicos del pronunciamiento del árbitro de emergencia.

36 Se reconoce el principio de *kompetenz-kompetenz* a favor del árbitro de emergencia, dado que tiene la atribución de evaluar su propia competencia (ALNABER, Rania. *Op. cit*.).

37 GOLDSTEIN, Marc. «A Glance into History for the Emergency Arbitrator». En *Fordham International Law Journal*, 2017, n.º 3, vol. 40, pp. 779-798.

Respecto de este requisito, la ICC[38] también ha reportado incidentes en los que los árbitros han tenido que evaluar defensas relacionadas al cumplimiento de periodos de negociación entre las partes o de *cooling off periods*, alegaciones sobre partes no signatarias y enmiendas sucesivas a una cláusula arbitral que generan dudas sobre la aplicación del arbitraje de emergencia, entre otros.

Es importante reiterar que la evaluación del árbitro de emergencia es *prima facie*. En ese sentido, se afirma que «el examen que realiza el árbitro solo puede ser tan profundo como la exposición de las partes y la urgencia de las circunstancias lo permiten».[39] Por lo mismo, suele limitarse a descartar problemas muy manifiestos, sin perjuicio de la evaluación posterior que puede realizar el tribunal arbitral.[40]

ii. *Periculum in mora* - urgencia y daño irreparable:[41] el *periculum in mora* es probablemente el presupuesto de la teoría cautelar más extendido en las diferentes culturas jurídicas. Alude al riesgo derivado de la demora que la espera de una decisión puede generar en la efectividad de esta. Ese riesgo no puede ser eventual, sino inminente. Por ello, la parte debe aportar elementos que permitan advertir que, en virtud de las circunstancias del caso, la protección requerida es «urgente». Además, en el caso del arbitraje de emergencia se estima que dicha urgencia está aún más circunscrita,

38 INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *ICC Commission report. Emergency Arbitrator Proceedings. Op. cit.*

39 GOLDSTEIN, Marc. *Op. cit.*, p. 782.

40 *Ibidem.*

41 Para efectos explicativos, se ha utilizado de forma conjunta dos nomenclaturas (urgencia y riesgo de daño irreparable) que en algunas fuentes se distinguen como dos requisitos independientes, pero, en nuestro concepto, ambos forman parte de lo que entendemos como *periculum in mora*.

dado que el solicitante debe mostrar que el riesgo es de tal inminencia que ni siquiera es posible esperar a la constitución del tribunal arbitral.[42]

Asimismo, la urgencia se relaciona con la amenaza que la espera pueda causar un daño «irreparable» al solicitante. Existen diferentes interpretaciones sobre lo que se debe entender como «daño irreparable». Bajo esta denominación, algunos árbitros han entendido, de forma estricta, que el daño puramente económico no sería irreparable. Esta es una posición que no compartimos y consideramos que debe ser tomada con importantes reservas, pues si bien todos los daños deben ser indemnizados, en ocasiones, la indemnización no es un resarcimiento adecuado. Por ejemplo, si frente a una discusión sobre la validez de una resolución de contrato no se mantiene el *statu quo* y la prestación se asigna a un tercero, esto inevitablemente implicará la privación definitiva de la posibilidad de reasumir su ejecución en el supuesto que se determine que la resolución no fue válida. Sin duda, esa situación dará lugar a una indemnización, pero no necesariamente implica «volver las cosas al estado anterior de la comisión del daño» y, en consecuencia, puede no cumplir adecuadamente su función resarcitoria.[43]

En atención a ello, algunas posiciones consideran que no se debe entender la irreparabilidad de forma literal, sino como la probabilidad de que pueda sufrir un daño sustancial[44] (la Ley Modelo de Uncitral establece «no resarcible adecuadamente mediante una indemnización»). Coincidimos con esta segunda posición, pues lo que se busca es proteger a la parte de una afectación grave.

---

42 INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *ICC Commission report. Emergency Arbitrator Proceedings. Op. cit*.

43 GRAHAM, Luis Enrique. «Comentario al artículo 26». En PERALES VISCASILLAS, María del Pilar e Ignacio TORTEROLA. *Nuevo reglamento de arbitraje de la CNUDMI 2010 anotado y comentado por materias y antecedentes legislativos*. Buenos Aires: Legis Argentina, 2011, pp. 262-263.

44 ALNABER, Rania. *Op. cit*.

iii. *Prima facie case* o probabilidad razonable de éxito: este requisito es conocido como *fumus boni iuris*. Consiste en evaluar si existe una posibilidad plausible de que, en el futuro, se pueda dictar un laudo favorable a la posición del solicitante. Como regla general, la evaluación de este requisito implica un juicio de probabilidad, nunca de certeza. Asimismo, se insiste en un mínimo prejuzgamiento sobre el fondo. En el caso particular del árbitro de emergencia, algunas posiciones sostienen que este requisito debería interpretarse solo como descartar una demanda abusiva o frívola[45] o verificar que los elementos generales de la reclamación estén presentes;[46] sin embargo, esta posición no es pacífica. En opinión que compartimos, se ha encontrado que en la mayoría de los procedimientos de arbitraje de emergencia en el SCC, los árbitros establecieron el estándar regular de probabilidad razonable de éxito, el cual, como se ha mencionado, ya consiste en una evaluación *prima facie*, con mínimo prejuzgamiento.[47]

iv. Proporcionalidad: de acuerdo con la doctrina internacional, este requisito alude a la necesidad de sopesar el daño que la medida podría generar en quien recaiga versus el daño que sufriría el solicitante si esta no se concede.[48] En ese sentido, Graham señala: «debe tratarse de un daño que sería notoriamente más grave que el que podría sufrir la parte contra la cual se dictaría la medida cautelar».[49]

---

45 GOLDSTEIN, Marc. *Op. cit.*

46 INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *ICC Commission report. Emergency Arbitrator Proceedings. Op. cit.*

47 *Ibidem* en referencia a: HAVEDAL, Anja. «SCC Practice Note: Emergency Arbitrator rendered 2015-2016». En *Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce,* 2017. Recuperado de <https://sccinstitute.com/media/194250/ea-practice-note-emergency-arbitrator-decisions-rendered-2015-2016.pdf>.

48 INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *ICC Commission report. Emergency Arbitrator Proceedings. Op. cit.*

49 GRAHAM, Luis Enrique. *Op. cit.*, p. 263.

Se trata de una comprensión un poco distinta a la forma en la que hemos entendido este requisito en nuestra propia teoría procesal como parte de la adecuación de la medida cautelar. Al respecto, se debe tener en cuenta que el otorgamiento de una medida cautelar, en general, debería suponer la verificación del requisito de idoneidad, esto es que la medida cautelar sea congruente con el interés que se busca garantizar. Si no existe esa relación, entonces la medida cautelar, sencillamente, no tiene sentido porque no va a lograr la finalidad para la cual existe como figura precautoria. Teniendo en cuenta que en el arbitraje de emergencia aún no se ha planteado la demanda ni la contestación, y muy probablemente tampoco la solicitud de arbitraje. Es el peticionante de la medida de emergencia quien deberá sustentar que lo solicitado como medida urgente guarda relación con el objetivo de garantizar que lo que se resuelva en el laudo definitivo sea eficaz. De igual manera, la proporcionalidad, desde nuestra formación jurídica, es entendida como la verificación de que el sacrificio que supone la medida debe restringirse al mínimo de injerencia que resulta necesaria para lograr la protección del interés en juego y si existieran varias alternativas, se debería preferir aquella que es menos gravosa para conseguir la protección requerida.[50] Consideramos que estos últimos criterios aportan lineamientos importantes para la evaluación de la medida cautelar, que se desprenden de un sentido de justicia, razonabilidad y de la propia naturaleza de estas medidas.

Cabe agregar que, además de los criterios antes referidos, que podrían ser considerados entre los más utilizados, existen otros menos extendidos que se han identificado en la práctica arbitral. Uno de los más llamativos, también porque responde a un sentido elemental de razonabilidad, es el principio de no agravación de la

50 PRIORI, Giovanni. *La tutela cautelar. Su configuración como derecho fundamental.* Lima: Ara Editores, 2006.

controversia.[51] De acuerdo con este criterio, el árbitro de emergencia debe considerar el impacto que la decisión de conceder o no conceder la medida cautelar puede tener en el conflicto. Decimos que responde a un sentido elemental de razonabilidad porque idealmente la intervención del árbitro de emergencia no debería tener el efecto de deteriorar aún más la situación entre las partes. Este requisito puede ser leído conjuntamente con otros que hemos mencionado como el peligro en la demora o la adecuación.

Como último aspecto a tener en cuenta, el árbitro de emergencia tiene la potestad de supeditar la medida cautelar a las condiciones o al otorgamiento de las garantías que considere pertinente. Esto con el propósito de proteger a la contraparte de los eventuales daños que podría causarle la medida si, posteriormente, se advierte que esta no debió ser concedida. Sin embargo, no se trata de un presupuesto para conceder la medida, sino de una potestad discrecional que deberá ser ponderada en cada caso en razón de su necesidad o conveniencia.

5. TIPOS DE MEDIDAS DE EMERGENCIA

Sobre este punto, así como no hay estándares prescritos para el otorgamiento de las medidas cautelares por parte del árbitro de emergencia, los reglamentos tampoco incluyen listas taxativas de tipos de medidas cautelares que pueden ser solicitadas o concedidas en el arbitraje de emergencia. En ese sentido, los árbitros de emergencia tienen la misma libertad que el tribunal arbitral.[52]

---

51 INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *ICC Commission report. Emergency Arbitrator Proceedings. Op. cit.*

52 Para una revisión más detallada sobre el tema ver: SAVOLA, Mika. «Interim Measures and Emergency Arbitrator Proceedings». En *Croat. Arbit. Yearb*, 2016, vol. 23, pp. 73-97.

Como se indica en otro trabajo,[53] en nuestro ordenamiento, el artículo 47 de la Ley de Arbitraje, siguiendo lo establecido en la Ley Modelo de Uncitral, ha reconocido la atribución de los árbitros para conceder: (i) medidas conservativas, bajo el texto «que mantenga o restablezca el *statu quo*»; (ii) medidas innovativas, con la referencia de «medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de realizar ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o el menoscabo del proceso arbitral»; y, (iii) medidas para futura ejecución forzada, descritas como «que proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente».

Adicionalmente, en los reglamentos de arbitraje internacional, así como nuestra legislación arbitral (siguiendo la Ley Modelo Uncitral) se ha incorporado el supuesto de preservación de elementos de prueba como una medida cautelar destinada a mantener el *statu quo* que posteriormente permita la decisión de la controversia y la ejecución eficaz del laudo final.[54] En nuestro país, en materia procesal civil, esta figura está contemplada como prueba anticipada (no propiamente como una medida cautelar), pero más allá de su denominación, resulta importante su incorporación en materia arbitral para proteger la efectividad de la prueba de modo que se pueda evitar que el transcurso del tiempo en el *iter* del arbitraje le prive de efectividad. Un ejemplo típico del uso de esta forma de «medida cautelar» se presenta ante la necesidad de contar con

---

53 ARRARTE, Ana María y Fernando CANTUARIAS. «Comentario al artículo 48». En SOTO COAGUILA, Carlos y Alfredo BULLARD GONZÁLEZ. *Comentarios a la Ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje. 2011, tomo I, pp. 557-564.

54 El artículo 17 de la Ley Modelo Uncitral dispone: «Facultad del tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares 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*».

una «inspección» que constate el estado o las condiciones del sitio de una obra antes que estas se alteren, como previsiblemente podría ocurrir frente a épocas de lluvias, o la verificación del estado de bienes perecibles que, por su naturaleza, se puedan deteriorar y de no asegurar un medio de prueba en esta oportunidad (previa al inicio del arbitraje) no habrá opción de «reconstruir el pasado» durante el arbitraje, perdiéndose la posibilidad de contar con un elemento relevante y pertinente para resolver la controversia.

Para finalizar, se discute si el árbitro de emergencia puede conceder medidas cautelares distintas a las previstas en la *lex arbitri*. En nuestra opinión, este supuesto sería poco frecuente si tenemos en cuenta que la legislación arbitral ha contemplado categorías, no medidas concretas, de modo que el árbitro cuenta con bastante amplitud para dictar una medida que sea adecuada (en estricto, sería bastante inusual encontrar uno que no implique «mantener el estado de cosas o modificarlo para garantizar la emisión de una decisión eficiente y ejecutable»; sin embargo, aun en el supuesto de encontrarnos ante una situación así de excepcional, al punto que no «encaje» en ninguna obligación de hacer (modificar el estado de cosas) o de no hacer (mantener el *statu quo*), es importante considerar que en ningún caso los supuestos de medidas cautelares contemplados por los ordenamientos son *numerus clausus*, sino ejemplos. De otro lado, nada obsta a que el árbitro adecue la medida solicitada y la sustituya por una que cumpla del mismo modo con otorgar la protección requerida y origine un perjuicio menor a la contraparte. En la práctica, no hay un solo criterio; se asume que los árbitros deben tener la libertad para conceder el tipo de protección que resulte apropiada. En estricto, en esto radica el denominado «poder general de cautela» aplicable o no solo en el escenario arbitral, sino incluso en el judicial.

6. EL ESTATUS DEL ÁRBITRO DE EMERGENCIA: ¿SE TRATA REALMENTE DE UN ÁRBITRO?

Considerando que se trata de una figura joven, la mayoría de las normas arbitrales no contienen disposiciones específicas sobre el árbitro de emergencia. Ante dicho silencio, se han formulado cuestionamientos acerca de su naturaleza arbitral. Así, algunos comentaristas sostienen que el arbitraje de emergencia debe ser considerado un mecanismo prearbitral de carácter meramente convencional. Por lo tanto, el denominado árbitro de emergencia sería, en realidad, un tercero con capacidad para crear una obligación vinculante para las partes, pero sus decisiones no tendrían efectos jurisdiccionales.[55] En oposición a ello, otros autores se han posicionado a favor de su naturaleza arbitral.[56]

No se trata de una discusión sin importancia. La respuesta puede incidir en la posibilidad de ejecutar las medidas cautelares que se dicten en el arbitraje de emergencia. En ese sentido, Santacroce[57] señala que si estamos ante un árbitro, sus decisiones recibirán el mismo trato que aquellas emitidas por un tribunal arbitral, incluyendo la posibilidad de ejecutarlas forzosamente, mediando el auxilio de las cortes judiciales. En cambio, si se determina que es una autoridad de naturaleza puramente convencional, ello no será posible. En este último supuesto, las partes tendrían un deber contractual de cumplir lo dispuesto en el arbitraje de emergencia, pero ante una eventual resistencia, la decisión carecería de la especial protección jurisdiccional que se deriva de la ejecución.

---

55 Ver: BAIGEL, Baruch. «The Emergency Arbitrator Procedure under the 2012 ICC Rules: A Juridical Analysis». En *Journal of International Arbitration*, 2014, n.º 1, vol. 31, pp 1-18.

56 ALNABER, Rania. *Op. cit.*; SANTACROCE, Fabio. *Op. cit.* De manera menos directa, también: RIVERA, Irma. «El árbitro de emergencia: una figura en crecimiento». En *Arbitraje PUCP*, 2014, n.º 4, vol. 0, pp. 169-173; SUMARIA, Óscar. «Arbitraje y tutela de urgencia: el arbitraje de emergencia». En *Advocatus*, 2015, n.º 32, vol. 0, pp 71-91.

57 SANTACROCE, Fabio. *Op. cit.*

Entre las razones por las cuales algunas voces han cuestionado el estatus del árbitro de emergencia, se encuentran las siguientes:[58] (i) se sostiene que la intención de las partes no puede haber sido investir a dos cuerpos arbitrales distintos con funciones idénticas; (ii) que ello generaría fallos contradictorios, debido a que si ambos tienen el mismo estatus ninguna de las decisiones podría prevalecer sobre la otra; (ii) que las decisiones del árbitro de emergencia son provisionales y no ponen fin a la controversia, mientras que un tribunal arbitral puede dictar medidas cautelares, pero también tiene competencia para pronunciarse sobre el fondo de la controversia; (iii) que sus decisiones pueden ser revisadas y revocadas por el tribunal arbitral; y, (iv) que las partes no tienen la posibilidad de nombrar al árbitro de emergencia.

Si bien la discusión en detalle de este tema excede a los alcances del presente artículo, es posible advertir algunas observaciones a los argumentos antes planteados. En primer lugar, no es extraño que el árbitro de emergencia y el tribunal arbitral sean ambos investidos con la competencia de dictar medidas cautelares. Precisamente, la existencia del primero responde a la falta de un órgano de carácter arbitral que pueda brindar tutela cautelar antes de la constitución del tribunal arbitral. Por lo tanto, se requiere que la naturaleza de la función sea igual.

Asimismo, el riesgo de traslape en las funciones de ambos órganos es inexistente o muy bajo,[59] pues sus actuaciones están organizadas para que tengan lugar en momentos distintos. En cualquier caso, las reglas arbitrales se han cuidado de otorgar al tribunal arbitral la posibilidad de revisar las decisiones del árbitro de emergencia; por lo tanto, no existe realmente un riesgo de fallos contradictorios.

---

58 Ver: ALNABER, Rania. *Op. cit.*; BAIGEL, Baruch. *Op. cit.*; FRY, Jason. *Op. cit.*; SANTACROCE, Fabio. *Op. cit.*

59 Se ha observado que, de acuerdo con las reglas del ICC (artículo 29.1), la solicitud de medidas de emergencia puede formularse hasta antes de que la Secretaría transmita el expediente del caso al tribunal arbitral. Por esta razón, se sostiene que el árbitro de emergencia podría actuar de forma paralela al tribunal. No obstante, es un supuesto muy puntual que debe puede ser manejado con una adecuada gestión del caso. Ver: SANTACROCE, Fabio. *Op. cit.*

Sobre el particular, el hecho de que el tribunal arbitral pueda dejar sin efectos o modificar las decisiones del árbitro de emergencia tampoco es motivo suficiente para considerar que su naturaleza es únicamente convencional. En Perú, un tribunal arbitral puede dejar sin efectos las medidas cautelares fuera del proceso dictadas por el Poder Judicial y pese a ello nadie duda del carácter jurisdiccional de estas.[60]

En realidad, la razón por la cual el tribunal arbitral puede revisar las medidas adoptadas por los árbitros de emergencia es bastante más práctica. Los árbitros de emergencia adoptan decisiones en procedimientos *express* que pueden durar cinco días y, en todo caso, no suelen superar las dos semanas.[61] En ese sentido, si bien las medidas cautelares se conceden sobre la base de un juicio de verosimilitud (y no de certeza), la evaluación de los árbitros de emergencia, en particular, es extremadamente preliminar. Por lo mismo, no se ha querido que el tribunal arbitral —órgano que va a pronunciarse sobre el mérito y que puede explayarse en la evaluación de los presupuestos que justifican o no la medida— resulte atado por la decisión adoptada por el árbitro de emergencia.

De igual manera, se debe tener en cuenta que toda medida cautelar está sujeta a la cláusula de *rebus sic stantibus*.[62] Si los presupuestos bajo los cuales se concedió cambian o desaparecen, esta debe ser revisada, pero es posible que cuando ello suceda el árbitro de emergencia haya concluido su actuación. Por lo tanto, esta función solo podría ser asumida por el tribunal arbitral.

---

60 Ley de Arbitraje
Artículo 47.- «[…]
6. El tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado así como las medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes. Esta decisión podrá ser adoptada por el tribunal arbitral, ya sea a iniciativa de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a ellas».

61 INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *ICC Commission report. Emergency Arbitrator Proceedings. Op. cit.*

62 PRIORI, Giovanni. *Op. cit.*

Respecto de la posibilidad de participar en el nombramiento del árbitro, ciertamente, se trata de un aspecto característico del arbitraje; sin embargo, también es posible que las partes deleguen el nombramiento a un tercero sin que por ello el procedimiento pierda su naturaleza arbitral. En el caso del arbitraje de emergencia esto se justifica por la urgencia del procedimiento, dado que el nombramiento se hace en uno o dos días. Adicionalmente, es una medida que resulta importante para preservar la efectividad del arbitraje de emergencia. Si las partes tuvieran que realizar el nombramiento, este podría ser frustrado o dilatado por la falta de colaboración de una de ellas, típicamente aquella que tendría que soportar la medida cautelar. Lamentablemente, no es difícil ver este tipo de conducta obstruccionista; de hecho, ocurre frecuentemente con la propia constitución del tribunal arbitral. En el caso de la tutela cautelar, ello constituiría un riesgo para el derecho en juego y vaciaría de sentido todo el procedimiento.

Ahora, habiendo abordado los cuestionamientos formulados, resulta relevante también comentar algunas de las razones invocadas para justificar la naturaleza arbitral de esta figura. Para ello, en primer lugar, debemos delimitar qué se entiende por árbitro.

De acuerdo con varios especialistas, un árbitro es un tercero independiente e imparcial a quien se le confía la resolución de una controversia. Su decisión no es una recomendación, sino un fallo vinculante y final[63] que tiene los mismos efectos que los de una corte estatal y, consecuentemente, puede ser coercitivamente ejecutado. De esta manera, y en coherencia con la teoría mixta acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje, se puede sostener que el árbitro tiene una naturaleza convencio-

[63] Se discute si la medida cautelar puede considerarse como un fallo final. Sin embargo, dicha discusión excede al tema del árbitro de emergencia, dado que una objeción, en ese sentido, es igualmente aplicable al tribunal arbitral. Este tema se retomará en el siguiente acápite.

nal y jurisdiccional. Por un lado, su autoridad proviene del convenio arbitral y, por otro lado, una vez investido con dicha autoridad, ejerce de forma autónoma funciones que tienen efectos y carácter jurisdiccional.[64]

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede advertir que el árbitro de emergencia, como el tribunal arbitral, tiene un origen convencional en la medida que las partes pueden habilitar o no su existencia en el pacto arbitral. Una vez autorizado, el árbitro de emergencia ejerce una función típicamente jurisdiccional y no lo hace de forma accesoria o complementaria, sino que es consustancial a su propia existencia.

Además, se ha observado que ejerce dicha función a través de un procedimiento de adjudicación de derechos que, aunque sumario, replica el seguido por el tribunal arbitral: tiene que ser independiente e imparcial, tiene que permitir el contradictorio, tiene que escuchar a ambas partes y tiene que emitir una decisión razonada y motivada. De igual manera, el árbitro de emergencia tiene la posibilidad de pronunciarse sobre su propia competencia; por ello, se sostiene que se le ha extendido el principio *kompetenz-kompetenz,* algo que no es consistente con una naturaleza puramente convencional.[65]

A lo anterior se debe agregar que, como se ha indicado, el arbitraje de emergencia se creó, precisamente, en respuesta a un vacío en sede arbitral respecto a la necesidad de obtener medidas cautelares antes de la constitución del tribunal (ya se explicó que algunas veces acudir a las cortes estatales no es una opción o no es la mejor opción). En nuestro concepto, esta podría ser la mayor evidencia de que la intención detrás de la figura (y de las partes, al autorizarla convencionalmente) es investir a un verdadero árbitro en la medida que buscan que dicha autoridad pueda hacer exactamente aquello que, de forma temporal, no puede realizar el tribunal arbitral; por lo tanto, debe tener la misma naturaleza.

64 ALNABER, Rania. *Op. cit.*; BORN, Gary. *Op. cit.*; SANTACROCE, Fabio. *Op. cit.*

65 Ver: ALNABER, Rania. *Op. cit.*; SANTACROCE, Fabio. *Op. cit.*

Ahora bien, frente a ello se podría afirmar que la intención de las partes (y de la comunidad en el arbitraje internacional) es una cosa y otra diferente si la naturaleza del árbitro de emergencia y los efectos jurisdiccionales de sus decisiones tienen respaldo objetivo en la normativa de arbitraje.[66] Sobre el particular, solo podemos destacar una reflexión de Feirgerlová: si las partes tienen autonomía para nombrar a un tribunal arbitral, y este, sin lugar a duda, puede emitir medidas cautelares, ¿por qué las mismas partes no podrían investir a un árbitro con el propósito específico de que otorgue medidas cautelares hasta antes de la constitución del tribunal arbitral?[67]

En el mismo sentido, Ezcurra y Olórtegui[68] señalan:

> El artículo 47 de la ley de arbitraje reconoce la facultad del tribunal arbitral, una vez constituido, de adoptar las medidas cautelares necesarias para poder garantizar la eficacia del laudo. Entonces, al no existir restricción en la Ley de Arbitraje con respecto a la facultad de los tribunales arbitrales para emitir medidas cautelares, y teniendo en mente el principio de la autonomía de la voluntad, no vemos razón alguna para que las partes no puedan pactar la designación de un «árbitro de emergencia» que tenga la facultad de emitir medidas de urgencia —medidas cautelares previa constitución del tribunal arbitral—, para de este modo, evitar recurrir al Poder Judicial.

Pese a lo antes indicado, un grupo comentaristas destacan que, más allá de posicionamientos individuales, no se puede considerar que exista una respuesta definitiva en tanto ello no se ratifique con la interpretación que realicen las cortes o se apruebe una modificación legislativa que

---

66 El artículo 47 de la Ley de Arbitraje establece literalmente que la competencia arbitral para otorgar medidas cautelares se activa con la constitución del tribunal arbitral: «1. Una vez constituido, el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo […]».

67 FEIGERLOVÁ, Monika. «Emergency Measures of Protection in International Arbitration». En *International and Comparative Law Review*, 2018, n.º 1, vol. 18, pp. 155-177.

68 EZCURRA, Huáscar y Julio OLÓRTEGUI. «Y ahora, ¿quién podrá defendernos? El árbitro de emergencia». En *Advocatus*, 2015, n.º32, vol. 0, pp. 97-109.

zanje la controversia.[69] Sobre este último punto, destacan los ejemplos de la Ley de Arbitraje Internacional de Singapur[70] y la Ley de Arbitraje Internacional de Hong Kong,[71] dado que ambas han reconocido expresamente el estatus del árbitro de emergencia y la ejecución de sus decisiones.[72]

Para las autoras, la naturaleza del árbitro de emergencia resulta bastante clara; sin embargo, se deberá analizar cómo se desarrolla la figura del arbitraje de emergencia en nuestro país, a fin de determinar si las dudas que se han planteado a nivel internacional encuentran alguna resonancia. En lo particular, consideramos que existen motivos suficientes que sustentan tanto la naturaleza arbitral de la figura como la posibilidad de las partes para que, en ejercicio de su autonomía, puedan instituir esta autoridad dentro del marco normativo de nuestro país, tal como está sucediendo.

---

69 FEIGERLOVÁ, Monika. *Op. cit.*; FERNÁNDEZ, Enrique. *Op. cit.*; SANTENS, Ank y Jaroslav KUDRNA. «The state of play of enforcement of emergency arbitrator decisions». En *Journal of International Arbitration*, 2017, n.º 1, vol. 34.

70 International Arbitration Act
«2.1: "arbitral tribunal" means a sole arbitrator or a panel of arbitrators or a permanent arbitral institution, and includes an emergency arbitrator appointed pursuant to the rules of arbitration agreed to or adopted by the parties including the rules of arbitration of an institution or organization». Recuperado de <https://sso.agc.gov.sg/Act/IAA1994?ProvIds=pr2-#pr2->.

71 Cap. 609 Arbitration Ordinance. Artículo 22A y 22B.2:
«22-A: emergency arbitrator means an emergency arbitrator appointed under the arbitration rules (including the arbitration rules of a permanent arbitral institution) agreed to or adopted by the parties to deal with the parties' applications for emergency relief before an arbitral tribunal is constituted». Recuperado de <https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap609>.

72 Coincidentemente, o en línea a su capacidad de respuesta y adaptación, Singapur y Hong Kong son consideradas entre 5 mejores sedes en el mundo para el arbitraje internacional. WHITE & CASE y QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. *International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*. 2018. Recuperado de <https://www.whitecase.com/publications/insight/2018-international-arbitration-survey-evolution-international-arbitration>.

7. EJECUCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES DICTADAS POR EL ÁRBITRO DE EMERGENCIA

Son pocas las legislaciones que han regulado la figura del árbitro de emergencia y, específicamente, si las cortes nacionales pueden o deben ejecutar las medidas cautelares dictadas por este. No obstante, se trata de un aspecto importante, puesto que los árbitros, en general, carecen de *imperium* para hacer cumplir sus decisiones mediante *coertio*.[73] Por lo tanto, el sistema necesita confiar en el rol complementario del juez para dar efectividad a los mandatos arbitrales.

Las dudas respecto a la posibilidad de ejecutar las medidas cautelares emitidas por un árbitro de emergencia giran en torno a tres temas: i) el estatus del árbitro de emergencia (aspecto que ha sido abordado en el acápite precedente); ii) la forma adoptada por las decisiones del árbitro de emergencia; y, iii) la naturaleza provisional de la decisión del árbitro de emergencia.[74] Estos dos últimos puntos son relevantes si se considera la ejecución bajo los alcances de la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, aspecto que se abordará más adelante.

Para efectos explicativos, Alnaber distingue tres posibles escenarios que se presentan a nivel internacional respecto de la ejecución de las medidas cautelares emitida en el arbitraje de emergencia:[75]

i. La primera depende de la existencia de normas internas que reconozcan expresamente dicha posibilidad. Es la opción más rápida y directa; sin embargo, como la figura del arbitraje de emergencia todavía es joven, son pocos los casos en los que la legislación ha

---

73 Conforme al artículo 47 de la Ley de Arbitraje, en Perú los árbitros pueden ejecutar sus propias decisiones cuando ello no implique uso de la fuerza. Por la naturaleza de ambas figuras, el mismo criterio se debería extender al árbitro de emergencia en cuanto sea aplicable.

74 INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *ICC Commission report. Emergency Arbitrator Proceedings. Op. cit.*

75 ALNABER, Rania. *Op. cit.*

sido ajustada para regular específicamente este aspecto. Como ya se ha comentado, esto ha sucedido en Singapur y Hong Kong, a través de modificaciones aprobadas el 2012 y el 2013, respectivamente.[76]

En el caso de Singapur, la Ley de Arbitraje Internacional ha reconocido expresamente al árbitro de emergencia dentro de la definición general de «tribunal arbitral» y, partiendo de dicho presupuesto, establece que todas las órdenes o mandatos de un tribunal arbitral pueden ser ejecutadas con el apoyo de las cortes.[77] En el caso de Hong Kong, se reconoce la posibilidad de ejecutar medidas cautelares que hayan sido dictadas por un árbitro de emergencia dentro o fuera de Hong Kong. En este segundo supuesto, se restringe la ejecución a seis tipos de medidas cautelares estipuladas en la ley; no obstante, el alcance de estas es bastante comprensivo.[78]

---

76 Se ha reportado que en el 2017 Nueva Zelanda adoptó una reforma similar a la de Singapur. INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *ICC Commission report. Emergency Arbitrator Proceedings. Op. cit*.

77 International Arbitration Act
«2.1 "arbitral tribunal" means a sole arbitrator or a panel of arbitrators or a permanent arbitral institution, and includes an emergency arbitrator appointed pursuant to the rules of arbitration agreed to or adopted by the parties including the rules of arbitration of an institution or organisation».
«12(6): All orders or directions made or given by an arbitral tribunal in the course of an arbitration shall, by leave of the High Court or a Judge thereof, be enforceable in the same manner as if they were orders made by a court and, where leave is so given, judgment may be entered in terms of the order or direction». Recuperado de <https://sso.agc.gov.sg/Act/IAA1994?ProvIds=pr2-#pr2->.

78 Cap. 609 Arbitration Ordinance
«22-B. Enforcement of emergency relief granted by emergency arbitrator
(1) Any emergency relief granted, whether in or outside Hong Kong, by an emergency arbitrator under the relevant arbitration rules is enforceable in the same manner as an order or direction of the Court that has the same effect, but only with the leave of the Court.
(2) The Court may not grant leave to enforce any emergency relief granted outside Hong Kong unless the party seeking to enforce it can demonstrate that it consists only of one or more temporary measures (including an injunction) by which the emergency arbitrator orders a party to do one or more of the following:
(a) maintain or restore the status quo pending the determination of the dispute concerned;

ii. La segunda alternativa comprende a los países que han incorporado o han inspirado su normativa en la Ley Modelo de Uncitral.[79] En estos casos, no se reconoce expresamente la figura del arbitraje de emergencia; sin embargo, se estima que todo lo referente a las medidas cautelares emitidas por un árbitro de emergencia puede reconducirse a la regulación general establecida para los tribunales arbitrales.

Sobre el particular, el artículo 17(H)(1) de la Ley Modelo establece:

> Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el tribunal competente, cualquiera que sea el Estado en donde haya sido ordenada, y a reserva de lo dispuesto en el artículo 17I.

En el caso de Perú, el artículo 47 de la Ley de Arbitraje[80] reconoce la potestad cautelar del tribunal arbitral. Por otro parte, el artículo 48 establece que:

> 2. En los casos de incumplimiento de la medida cautelar o cuando se requiera de ejecución judicial, la parte interesada recurrirá a la autoridad

(b) take action that would prevent, or refrain from taking action that is likely to cause, current or imminent harm or prejudice to the arbitral process itself;
(c) provide a means of preserving assets out of which a subsequent award made by an arbitral tribunal may be satisfied;
(d) preserve evidence that may be relevant and material to resolving the dispute;
(e) give security in connection with anything to be done under paragraph (a), (b), (c) or (d);
(f) give security for the costs of the arbitration». Recuperado de <https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap609>.

79 ALNABER, Rania. *Op. cit.*; FERNÁNDEZ, Enrique. *Op. cit.*; FRY, Jason. *Op. cit.*

80 Ley de Arbitraje
Artículo 47.- «Medidas cautelares
1. Una vez constituido, el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida […]».

> judicial competente, quien por el solo mérito de las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar, procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna.

El mismo artículo 48 reconoce también la ejecución de las medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral cuyo lugar se halle fuera del Perú.[81] Así, en virtud de las normas precitadas, se puede concluir que Perú se encuentra entre los países a los que alude esta segunda vía de ejecución, al haber seguido la Ley Modelo de Uncitral. En ese sentido, Ezcurra y Olórtegui señalan:

> En el 2008 el Perú derogó la Ley 26572, norma que desde 1996 había regulado el arbitraje, con la finalidad de promulgar una nueva ley de arbitraje que, entre otras cosas, adoptara las enmiendas a la Ley Modelo Uncitral realizadas en el 2006 (en adelante, la Ley Modelo). En esta línea de ideas, el artículo 48 de la Ley de Arbitraje, si bien no de manera literal, adoptó el artículo 17(H)(1) de la Ley Modelo. Así, […] el artículo 48 desarrolla, de manera expresa, la obligación de las cortes nacionales de ejecutar las medidas cautelares emitidas por tribunales arbitrales ubicados dentro como fuera del Perú.[82]

Como se puede advertir, la posición desarrollada en esta segunda alternativa tiene como presupuesto el reconocimiento de la naturaleza arbitral del árbitro de emergencia, aspecto que ha sido abordado en el acápite precedente. Esta es la razón por la cual se le extiende la normativa interna sobre los tribunales arbitrales. Se debe tener en cuenta que si bien se trata de una interpretación que

---

81 Ley de Arbitraje
Artículo 48.- «[…]
4. Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral cuyo lugar se halle fuera del territorio peruano podrá ser reconocida y ejecutada en el territorio nacional, siendo de aplicación lo dispuesto en los artículos 75, 76 y 77, con las siguientes particularidades:
a. Se podrá denegar la solicitud de reconocimiento, solo por las causales a, b, c y d del numeral 2 del artículo 75 o cuando no se dé cumplimiento a lo dispuesto en el inciso d. de este numeral.
b. La parte que pida el reconocimiento de la medida cautelar deberá presentar el original o copia de la decisión del tribunal arbitral, debiendo observar lo previsto en el artículo 9.
c. Los plazos dispuestos en los numerales 2 y 3 del artículo 76 serán de diez (10) días».

82 EZCURRA, Huáscar y Julio OLÓRTEGUI. *Op. cit.*

consideramos sólida, conforme advierte el reporte de la ICC sobre arbitraje de emergencia, en la mayoría de países todavía no existen precedentes judiciales en los que las cortes judiciales nacionales hayan podido confirmar esta posición.[83] Asimismo, se ha reportado que incluso en países en los que se han inspirado en la Ley Modelo de Uncitral, existen discrepancias respecto de las competencias cautelares reconocidas al árbitro de emergencia.[84]

iii. La tercera opción que ha sido considerada a nivel internacional y que puede ser también la más problemática, está referida a la ejecución a través de la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. Como se ha indicado en otro trabajo,[85] salvo por casos particulares,[86] la mayor parte de la doctrina considera que las medidas cautelares no están comprendidas en los alcances de la Convención.[87] Esto responde a dos objeciones que están muy vinculadas: a) la forma adoptada por las decisiones que conceden la medida cautelar; y, b) la naturaleza provisional de la decisión del árbitro de emergencia.

Respecto del primer punto, la Convención estipula que su aplicación está referida al reconocimiento y ejecución de *awards* (laudos).[88] Por esta

---

83 INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *ICC Commission report. Emergency Arbitrator Proceedings. Op. cit.*

84 Al respecto, el reporte de la ICC establece: «In countries such as Belgium, Colombia, Portugal, Brazil, Nigeria, Poland, Spain, Ukraine, Turkey and Venezuela, National Committees tend to consider that arbitral tribunals' power to grant interim measures are consequently extended to EAs, while countries such as India, Macedonia, Malaysia, Serbia and Thailand, are reported to have a restrictive interpretation of EAs' powers». INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *ICC Commission report. Emergency Arbitrator Proceedings. Op. cit.*, p. 30, párr. 187.

85 ARRARTE, Ana María y Fernando CANTUARIAS. *Op. cit.*

86 Por ejemplo, SANTACROCE, Fabio. *Op. cit.*

87 INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *ICC Commission report. Emergency Arbitrator Proceedings. Op. cit.*

88 Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros: «Article 1.1 This Convention shall apply to the recognition and enforcement of arbitral awards made in the territory of a State other than the State where the recognition and enforcement of such awards are sought, and arising out of differences between persons, whether physical or legal. It shall also apply to arbitral awards not considered as domestic awards in the State where their recognition and enforcement are sought».

razón, como se ha indicado previamente, algunos reglamentos establecen que la decisión del árbitro de emergencia puede tomar la forma de laudo. Mientras que otros permiten que el árbitro determine si emite la decisión como orden o como laudo con la invocación de realizar un esfuerzo razonable por garantizar su ejecución. Es decir, se traslada al árbitro la evaluación de si la forma de la decisión puede ser relevante para la ejecución de la medida, particularmente en razón del país donde se tendría que solicitar la ejecución.[89]

En ese sentido, el reporte de la ICC sobre arbitraje de emergencia[90] señala: «la caracterización de la decisión del AE (árbitro de emergencia) como "orden" o como "laudo" puede ser de importancia en algunas jurisdicciones cuando se trata de su ejecución […]». En el caso de Perú, al haberse adoptado la segunda ruta que se ha descrito en el punto (ii) precedente, esto no resulta relevante porque la normativa reconoce la obligación del Poder Judicial de ejecutar las medidas cautelares emitidas por árbitros ubicados dentro o fuera del país, sin perjuicio de la forma que adopte dicha decisión.

Ahora bien, con respecto a la forma de laudo de la decisión, algunas instituciones arbitrales como la ICC establecen que las medidas de emergencia deberán emitirse solo como una «orden». Al respecto, Fry sostiene que esta decisión responde a la necesidad de manejar las expectativas de las partes con respecto a la ejecución de la medida.[91]

---

89 Este fue uno de los temas que suscitó mayores debates en la Uncitral habiéndose decidido no calificar la forma que debe tener la decisión. Como señala Graham: «[E]l silencio respecto de la forma fue intencional. El Grupo de Trabajo quiso asegurar que cada caso marcara la mejor forma que debía darse a la medida; por ejemplo, una "simple" resolución del tribunal arbitral, un laudo provisional, un laudo interlocutorio, etc. La decisión se limitó a calificar a una medida cautelar como una medida temporal. Ese es el elemento de sustancia relativo a esta cuestión» (GRAHAM, Luis Enrique. *Op. cit.*, pp. 262-263).

90 La cita original establece: «The characterization of the EA's decision as an "order" or an "award" may be of some concern in some jurisdictions when it comes to enforceability, such as Australia, Lebanon, the UAE, Thailand and Russia». INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *ICC Commission report. Emergency Arbitrator Proceedings. Op. cit.*, p. 31.

91 El autor también señala que bajo el Reglamento de la ICC, los laudos son revisados por la Corte de la institución. De manera que al caracterizarlo como orden se busca evitar demoras en la obtención de la protección cautelar. FRY, Jason. *Op cit.*

En ese sentido, se ha afirmado que denominarlo laudo no necesariamente protege la decisión porque, por un lado, en algunos países su caracterización como tal expondría a la medida cautelar a un escrutinio incompatible con su naturaleza urgente.[92] Por otro lado, se sostiene que más allá de forzar el uso de una forma, son las cortes judiciales las que evaluarán si corresponde o no la nomenclatura de laudo,[93] lo que nos lleva a la segunda objeción advertida. Y es que, como se ha indicado, para la mayoría de comentaristas, una decisión que se pronuncia sobre una medida cautelar no tiene la calidad de laudo, puesto que no es una decisión final.[94] Por el contrario, una característica fundamental de las medidas cautelares es que son provisionales.

Hasta este punto, el escenario de ejecución de las medidas cautelares, bajo la Convención de Nueva York no pareciera ser el más favorable. Sin embargo, se ha observado la tendencia de ciertas cortes (sobre todo, en EE. UU.)[95] a favorecer lo sustancial por encima de la forma. En ese sentido, sobre la comprensión del laudo como decisión final, se ha considerado que la medida cautelar también lo sería en tanto «pone fin y de manera definitiva a la cuestión específica planteada».[96] Se trata de una interpretación que busca favorecer la efectividad de la medida, pero teóricamente es forzada. Asimismo, existen líneas jurisprudenciales discrepantes, que no reconocen dichas interpretaciones flexibles.[97]

Precisamente, para no depender de estas interpretaciones, varios especialistas recomiendan adaptar las normas nacionales conforme lo ha hecho Singapur o Hong Kong o, incluso, se aspira a armonizar dicho criterio a través de una convención internacional.[98]

---

92 ALNABER, Rania. *Op. cit.*; FRY, Jason. *Op cit.*

93 FRY, Jason. *Op cit.*; EZCURRA, Huáscar y Julio OLÓRTEGUI. *Op. cit.*

94 ALNABER, Rania. *Op. cit.*; FERNÁNDEZ, Enrique. *Op. cit.*; FRY, Jason. *Op cit.*

95 Para una revisión sobre distintos pronunciamientos ver: SANTENS, Ank y Jaroslav KUDRNA. *Op. cit.*

96 FERNÁNDEZ, Enrique. *Op. cit.*, p 96.

97 RIVERA, Julio César. «La ejecución de medidas cautelares en un país distinto al de la sede del arbitraje». En *Arbitraje PUCP*, 2015, n.º 5, vol. 0, pp. 114-120.

98 ALNABER, Rania. *Op. cit.*

En el caso de Perú, como se ha indicado, la influencia de la Ley Modelo de Uncitral nos coloca en una posición más favorable con respecto a la ejecución de las medidas cautelares de los árbitros de emergencia. Sin embargo, será importante monitorear cómo se aplica e interpreta, en la práctica, dicha normativa, a fin de garantizar que el arbitraje de emergencia tenga, realmente, un terreno fértil donde pueda desarrollarse.

8. BALANCE FINAL: ¿ES CONVENIENTE ACUDIR AL ÁRBITRO DE EMERGENCIA?

No hay una única respuesta a la pregunta planteada en el título de este acápite. Recurrir al árbitro de emergencia tiene beneficios y limitaciones que se potenciarán de acuerdo con las necesidades y características de cada caso.

Entre sus limitaciones, una muy comentada está referida a la incertidumbre acerca de la posibilidad de ejecutar o no las medidas cautelares emitidas en el arbitraje de emergencia. Conforme a una encuesta sobre arbitraje internacional realizada por White & Case y la Universidad Queen Mary[99] en el año 2015, solo el 29 % de los encuestados indicó que prefería acudir a un árbitro de emergencia, el 46 % señaló que prefería recurrir a las cortes estatales y el 26 % se encontraba indeciso. Cuando se les consultó por los factores que podrían influir en su decisión, el 79 % expresó que la principal consideración era la posibilidad de ejecutar la decisión.

Otro aspecto a tener en cuenta es que los árbitros de emergencia no suelen dictar medidas *ex parte*. Por lo tanto, si la efectividad de la medida requerida depende del elemento sorpresa, podría ser más conveniente

[99] WHITE & CASE y QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. *International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*. 2015. Recuperado de <https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf>.

acudir directamente a las cortes judiciales. De igual manera, si existe duda acerca de la calidad de parte signataria de alguno de los destinatarios de la medida, también resultará más conveniente buscar tutela cautelar ante los jueces, pues en la práctica, los árbitros de emergencia suelen estar limitados por los alcances subjetivos manifiestos del convenio arbitral.

Como último punto, no se puede dejar de mencionar que recurrir a la institución del árbitro de emergencia es costoso. Por lo tanto, la parte deberá evaluar si los beneficios de la figura justifican esa inversión y, posiblemente, en algunos casos, la respuesta sea afirmativa. Puede ocurrir, por ejemplo, que la parte anticipe la necesidad de ejecutar una medida cautelar en varias jurisdicciones y prefiera obtenerla en una sola instancia en el arbitraje de emergencia y luego, de ser el caso, buscar su ejecución, en lugar de tener que solicitarla en cada estado, bajo las reglas de cada corte. Por otro lado, puede ser que acudir a las cortes, sencillamente, no sea una opción porque estas no conceden la tutela cautelar requerida o tengan criterios contradictorios sobre su procedencia.

Asimismo, el arbitraje de emergencia ofrece otros beneficios, entre ellos la celeridad, confidencialidad y flexibilidad del procedimiento, así como la especialización del juzgador. Particularmente, para partes que provienen de estados distintos acudir a un árbitro de emergencia, que se conduce conforme a un conjunto de estándares internacionales, puede parecer más seguro que zambullirse en las particularidades de cada jurisdicción.[100]

Ahora bien, con respecto a la ejecución, como se ha indicado, es un factor importante y, en la medida de lo posible debe ser mejorado, pero su efecto real admite algunos matices. Así, el arbitraje de emergencia

[100] Al respecto, una reciente encuesta de White & Case y la Queen Mary University Of London encontró que el 60 % de los entrevistados (usuarios del arbitraje) consideraron que el mayor beneficio de este mecanismo consiste en evitar las cortes nacionales. WHITE & CASE y QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. *International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration. Op. cit.*

parece tener una alta tasa de cumplimiento voluntario. Sobre el particular, en un reciente reporte sobre arbitraje de emergencia, la ICC[101] analizó ochenta decisiones emitidas en este tipo de procedimiento y concluyó que de los veintitrés casos en los que se llegó a otorgar una medida de emergencia total o parcial, solo en tres de ellos se encontró algún incidente de incumplimiento directamente relacionado a la medida cautelar ordenada por el árbitro.

De igual manera, se debe tener en cuenta que el arbitraje de emergencia es una figura que se encuentra en pleno desarrollo. La encuesta de White & Case a la que se ha hecho referencia previamente es del 2015. La data publicada el 2019 por la ICC parece reflejar un incremento importante en el uso de esta figura.[102] En ese sentido, es posible que las dudas respecto a la ejecución tengan un efecto menor al aparente, sobre todo en la medida que se incrementa el uso de la figura y se gana experiencia práctica. Esto no significa, evidentemente, que no sea un aspecto de mejora.

A lo antes indicado se debe agregar que un importante número de casos que acuden al arbitraje de emergencia se resuelven vía negociación antes de que se llegue a emitir una decisión sobre el fondo. Sobre el particular, el reporte de la ICC señala que, de los 80 casos revisados, 25 culminaron con acuerdo de partes. En cuatro casos esto ocurrió incluso antes de que el árbitro de emergencia pudiera emitir su decisión.[103] No se sabe exactamente en que contribuye el arbitraje de emergencia, pero parece tener un efecto en el acercamiento de las partes.

---

101 INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *ICC Commission report. Emergency Arbitrator Proceedings. Op. cit.*

102 Hasta el 2014 se reportaron poco más de una decena de casos. En el 2019, la ICC dio cuenta de 80 casos desde que se incorporó la figura. CARLEVARIS, Andrea y José Ricardo FERIS. *Op. cit.*; INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *ICC Commission report. Emergency Arbitrator Proceedings. Op. cit.*

103 INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC) I*CC Commission report. Emergency Arbitrator Proceedings. Op cit.*

Por lo expuesto, se puede concluir que la respuesta acerca de la opción más recomendable dependerá de cada caso; y, especialmente, se deberá tener en cuenta el desempeño de las cortes y de los propios centros arbitrales. Con respecto al primero de estos actores, por lo menos en sede nacional, se debe trabajar para identificar esos espacios de colaboración que facilitan la existencia del arbitraje de emergencia, lo cual beneficia también al Poder Judicial al reducir su carga procesal. Finalmente, en lo que respecta a los centros arbitrales, el arbitraje de emergencia implica un reto en términos de gestión de casos. En ese sentido, la institución debe estar en condiciones reales de llevar adelante el procedimiento de una manera célere y eficiente. En la medida que estos aspectos se cumplan, tendremos los presupuestos esenciales para el desarrollo de esta figura.

9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALNABER, Rania. «Emergency Arbitration: Mere Innovation or Vast Improvement». En *Arbitration International*, 2019, n.º 4, vol. 35, pp. 441-472.

ARRARTE, Ana María y Fernando CANTUARIAS. «Comentario al artículo 48». En SOTO COAGUILA, Carlos y Alfredo BULLARD GONZÁLEZ. *Comentarios a la Ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje. 2011, tomo I, pp. 557-564.

BAIGEL, Baruch. «The Emergency Arbitrator Procedure under the 2012 ICC Rules: A Juridical Analysis». En *Journal of International Arbitration*, 2014, n.º 1, vol. 31, pp 1-18.

BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Austin: Kluwer International Law, 2014.

CARLEVARIS, Andrea y José Ricardo FERIS. «Running in the ICC Emergency Arbitrator Rules: The First Ten Cases». En *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2014, n.º 1, vol. 25.

CHATZIPAVLOU, Vasileios. *The use of Emergency Arbitrator Procedure in Investment Treaty Arbitration Counterweight to States Regulatory Powers or Uneven Head-Start for Investors?* Tesis de máster, Universidad de Amsterdam, 2017.

CHUNG, Kyongwha. «Emergency Arbitrator Procedure in Investment Treaty Disputes: To Be or Not To Be». En *The Journal of World Investment & Trade*, 2019, n.º 1, vol. 20, pp. 98-145.

EZCURRA, Huáscar y Julio OLÓRTEGUI. «Y ahora, ¿quién podrá defendernos? El árbitro de emergencia». En *Advocatus*, 2015, n.º32, vol. 0, pp. 97-109.

FEIGERLOVÁ, Monika. «Emergency Measures of Protection in International Arbitration». En *International and Comparative Law Review*, 2018, n.º 1, vol. 18, pp. 155-177.

FERNÁNDEZ, Enrique. «La irrupción del árbitro de emergencia en el arbitraje comercial internacional». En *Cuadernos de derecho Transnacional,* 2017, n.º 1, vol. 9, pp. 82-98.

FRY, Jason. «The Emergency Arbitrator - Flawed Fashion or Sensible Solution?». En *Dispute Resolution International*, 2013, n.º 2, vol 7, pp. 179-197.

GOLDSTEIN, Marc. «A Glance into History for the Emergency Arbitrator». En *Fordham International Law Journal*, 2017, n.º 3, vol. 40, pp. 779-798.

GRAHAM, Luis Enrique. «Comentario al artículo 26». En PERALES VISCASILLAS, María del Pilar e Ignacio TORTEROLA. *Nuevo reglamento de arbitraje de la CNUDMI 2010 anotado y comentado por materias y antecedentes legislativos*. Buenos Aires: Legis Argentina, 2011.

HAVEDAL, Anja. «SCC Practice Note: Emergency Arbitrator rendered 2015-2016». En *Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce,* 2017. Recuperado de <https://sccinstitute.com/media/194250/ea-practice-note-emergency-arbitrator-decisions-rendered-2015-2016.pdf>.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *ICC Commission report. Emergency Arbitrator Proceedings.* 2019. Recuperado de <https://iccwbo.org/publication/emergency-arbitrator-proceedings-icc-arbitration-and-adr-commission-report/>.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *ICC Commission report on Arbitration Involving States and State Entities under the ICC Rules of Arbitration.* 2017. Recuperado de <https://iccwbo.org/publication/arbitration-involving-states-state-entities-icc-rules-arbitration-report-icc-commission-arbitration-adr/>.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *Standard ICC Arbitration Clauses (Spanish version).* Recuperado de <https://iccwbo.org/publication/standard-icc-arbitration-clauses-spanish-version/>.

MARKERT, Lars y Raeesa RAWAL. «Emergency Arbitration in Investment and Construction Disputes: An Uneasy Fit?». En *Journal of International Arbitration*, 2020, n.º 1, vol. 37, pp 131-142.

PARAGUACUTO-MAHÉO, Diana y Christine LECUYER-THIEFFRY. «Emergency Arbitrator: A New Player in the Field - the French Perspective». En *Fordham International Law Journal*, 2017, n.º 3, vol. 40, pp. 749-778.

PRIORI, Giovanni. *La tutela cautelar. Su configuración como derecho fundamental.* Lima: Ara Editores, 2006.

RIVERA, Irma. «El árbitro de emergencia: una figura en crecimiento». En *Arbitraje PUCP*, 2014, n.º 4, vol. 0, pp. 169-173.

RIVERA, Julio César. «La ejecución de medidas cautelares en un país distinto al de la sede del arbitraje». En *Arbitraje PUCP*, 2015, n.º 5, vol. 0, pp. 114-120.

SANTACROCE, Fabio. «The Emergency Arbitrator: A Full-Fledged Arbitrator Rendering an Enforceable Decision?». En *Arbitration International*, 2015, n.º 2, vol. 31, pp. 283-312.

SANTENS, Ank y Jaroslav KUDRNA. «The state of play of enforcement of emergency arbitrator decisions». En *Journal of International Arbitration*, 2017, n.º 1, vol. 34.

SAVOLA, Mika. «Interim Measures and Emergency Arbitrator Proceedings». En *Croat. Arbit. Yearb*, 2016, vol. 23, pp. 73-97.

SUMARIA, Óscar. «Arbitraje y tutela de urgencia: el arbitraje de emergencia». En *Advocatus*, 2015, n.º 32, vol. 0, pp 71-91.

SWEE, Koh. «The Use of Emergency Arbitrators in Investment Treaty Arbitration». En *ICSID Review*, 2016, n.º 3, vol. 31, pp. 534-538.

WHITE & CASE y QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. *International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*. 2015. Recuperado de <https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf>.

WHITE & CASE y QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. *International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*. 2018. Recuperado de <https://www.whitecase.com/publications/insight/2018-international-arbitration-survey-evolution-international-arbitration>.

WU, Quian. *Jurisdiction of Emergency Arbitrator in Investment Treaty Arbitration*. 2019. Recuperado de <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/06/28/jurisdiction-of-emergency-arbitrator-in-investment-treaty-arbitration/>.

YESILIMARK, Ali. *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*. Tesis de disertación doctoral. Londres: University of London, 2003.

JUSTICIA CLIMÁTICA Y ARBITRAJE: UNA HERRAMIENTA DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS MEDIOAMBIENTALES Y UNA OPORTUNIDAD DE CONTRIBUCIÓN AL CAMBIO

Adriana Vaamonde Marcano [*]

Sumario: 1. Introducción.— 2. Antecedentes.— 2.1. Contexto político internacional sobre el cambio climático.— 2.2. Responsabilidad colectiva frente al cambio climático.— 3. El arbitraje como mecanismo de resolución de controversias relacionadas con el cambio climático.— 3.1. Justicia climática y derechos humanos.— 3.2. Arbitraje y justicia climática.— 3.2.1. Informe del Grupo de Trabajo sobre Justicia Climática y Derechos Humanos de la International Bar Association: alcanzar justicia y derechos humanos en la era del cambio climático.— 3.2.2. Corte Permanente de Arbitraje (CPA).—

[*] Árbitra independiente. Abogada de la Universidad Monteávila (Caracas, 2005). Especialista en Derecho Corporativo de la Universidad Metropolitana (Caracas, 2008) y máster en Comercio Exterior de la Universidad Carlos III de Madrid (Madrid, 2008). Directora de la junta directiva del *Latin American International Arbitration Young Practitioners (LIAYP). Vice-Chair para Lationamérica de The Campaign for Greener Arbitrations (CGA). Vicepresidente de Asuntos Académicos de*l Consejo Directivo de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA), donde recibió el reconocimiento Dr. Carlos Lepervanche Michelena en 2019. Asimismo, integra el consejo académico y es subdirectora académica del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (CIERC). También es miembro de la junta directiva del Capítulo Venezolano del Club Español del Arbitraje (CEA), miembro del *Rising Arbitrators Initiative (RAI), donde participa dentro del Publications Task Force. Miembro fundador de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (Sovedem)*. Profesora de Arbitraje Comercial Nacional e Internacional en la especialización de Derecho Procesal de la Universidad Central de Venezuela, de Buenas Prácticas en Arbitraje en el Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteávila y de Online Dispute Resolution como *adjunct professor of law* en la Universidad de Missouri. Conferencista y autora de diversos artículos especializados en materia de arbitraje. Ex directora ejecutiva del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas. Correo electrónico: <adrianavaamondem@gmail.com>.

3.2.3. Reporte de la Comisión de la ICC: resolución de litigios relacionados con el cambio climático mediante el arbitraje y los ADR.— 3.2.3.1. Misión.— 3.2.3.2. Definición de controversias relativas cambio climático.— 3.2.3.3. Principales controversias relativas al cambio climático administradas por la ICC.— 3.2.3.4. Resolución efectiva de controversias relativas al cambio climático a través del arbitraje.— 4. El arbitraje y su contribución a revertir los efectos del cambio climático.— 4.1. The Campaign for Greener Arbitrations (CGA).— 4.1.1. Origen, organización y compromiso.—4.1.2. The Green Pledge.— 4.1.3. The Green Protocols.— 4.1.3.1. Marco de aplicación.— 4.1.3.2. Principios rectores y medidas de sustentabilidad.— 4.1.3.3. Los protocolos.— 5. Conclusiones.— 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Las instituciones, asociaciones activistas y organizaciones no gubernamentales (ONG), que promueven y resguardan la protección del medio ambiente y ecología del planeta, no son recientes ni constituyen una moda pasajera, están conformadas por equipos diversos y multidisciplinarios que buscan el beneficio colectivo con la finalidad de preservar los seres vivos, en particular, los seres humanos.

Es innegable el daño ecológico que la evolución de los seres humanos ha provocado, especialmente en lo relativo a la industrialización. Es el precio de la vida como la conocemos hoy en día que el planeta ha tenido que pagar. ¿Será posible garantizar evolución sin extinción? El aumento del calentamiento global, el nivel del mar, la acidificación de los océanos, el derretimiento de los polos, la extinción de especies animales y vegetales y el daño a la capa de ozono son algunos de los síntomas de un grave problema que, por ahora, estamos a tiempo de revertir.

Pero ¿serán las medidas políticas, jurídicas, de responsabilidad social o el conjunto de estas, las garantes de las mejoras?

El presente trabajo buscará resumir el contexto del marco legal y político del que depende la situación global del medio ambiente en el planeta y, sobre todo, resaltar las iniciativas en las que podemos participar, desde este momento, de manera individual y colectiva, y desde el ejercicio de nuestra función profesional en el arbitraje, esto es desde el forjar una cultura integral de buenas prácticas arbitrales, incorporando aquellas que involucran la disminución del impacto en el medio ambiente.

El objetivo planteado es develar las herramientas que proporciona el arbitraje para dar un paso más hacia la verdadera justicia climática.

Narraremos las iniciativas especializadas abocadas a atender temas medioambientales y del cambio climático a través de instituciones arbitrales relevantes y de la formación de nuevas iniciativas en torno a cómo lograr arbitrajes más verdes.

2. ANTECEDENTES

2.1. Contexto político internacional sobre el cambio climático

Brasil fue la sede de la Cumbre de la Tierra en el año 1992, donde se discutió por primera vez el cambio climático como problema global. Entre los acuerdos obtenidos están: la Agenda 21, la Declaración de Principios Forestales, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático,[1] la Convención de las Naciones Unidas sobre

[1] Documento fundamental para la toma de acciones concretas sobre el cambio climático. Ver: NACIONES UNIDAS. *Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático*. 1992. Recuperado de <https://unfccc.int/files/essential_background/background_publications_htmlpdf/application/pdf/convsp.pdf>.

la diversidad biológica y la Declaración de Río sobre Medioambiente y Desarrollo.

La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático ha sido ratificada por 197 países, entró en vigor en marzo de 1994 y representó un gran primer paso hacia iniciativas con verdadera voluntad de producir un impacto positivo en el medio ambiente. Su objetivo: estabilizar las concentraciones de gases de efecto invernadero. Esta imprimió una carga mayor sobre los países desarrollados por estar más industrializados y, por lo tanto, se les reconoce como principales responsables de la mayor cantidad de emisión de gases con efectos invernadero en la atmósfera.

En torno a esta Convención, surgió la necesidad de un instrumento con obligaciones vinculantes que garantizara la efectividad de los acuerdos. En 1995 se realiza el COP1 en Berlín, de donde surge el Protocolo de Kyoto,[2] aprobado en el COP3 en 1997 en Japón, con entrada en vigor en 2005 y con la participación de 192 países. En este, los países industrializados se comprometieron a implementar políticas en pro de la limitación y reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero y presentar un reporte al respecto. El objetivo planteado era el de alcanzar la reducción del 5 % de las emisiones respecto a los niveles de 1990, para el periodo entre 2008 y 2012.

Para diciembre de 2015, en Francia, se aprueba el Acuerdo de París,[3] adoptado por 197 países. Refleja el compromiso vinculante de los países por reducir la emisión de gases con efecto invernadero y reducir el calentamiento global a menos de 2 °C. El acuerdo establece niveles más estrictos para la reducción de las emisiones, proponiendo elevar la meta cada cinco años, orientado hacia el cumplimiento de los Objetivos de

2 NACIONES UNIDAS. *Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*. 1998. Recuperado de <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpspan.pdf>.

3 NACIONES UNIDAS. *Acuerdo de París*. 2015. Recuperado de <https://unfccc.int/sites/default/files/spanish_paris_agreement.pdf>.

Desarrollo Sostenible (ODS).[4] Asimismo, promete una vía de colaboración entre países desarrollados y en vías de desarrollo para contribuir con estos últimos a la mitigación de los efectos del cambio climático y su adaptación a estos. Un punto fundamental es la necesidad de presentar informes de seguimiento de cumplimiento de los objetivos bajo criterios de transparencia.

Ahora bien, el más reciente evento en torno a la política internacional sobre el cambio climático ocurrió el pasado mes de noviembre de 2021, cuando se llevó a cabo el COP26 en Glasgow, Escocia. Entre las decisiones relevante del Pacto de Glasgow[5] podemos destacar: (i) el compromiso expreso por la reducción progresiva del uso de la energía del carbón y las subvenciones ineficientes a los combustibles fósiles; (ii) aumentar el esfuerzo por la mitigación de los gases con efecto invernadero; (iii) compromiso de los países desarrollados en contribuir con mayor financiación en el proceso de adaptación a las medidas de cambio climático para los países en vías de desarrollo; (iv) trabajar por mantener la temperatura media mundial en 1,5 °C; y, (v) finalmente, se concretaron las normas de aplicación del Acuerdo de París sobre los mecanismos de mercado y los enfoques no comerciales, y sobre transparencia de las acciones climáticas y el apoyo proporcionado o recibido.

2.2. Responsabilidad colectiva frente al cambio climático

Está claro que los seres humanos somos los responsables del cambio climático[6] y sus consecuencias. Ahora bien, es importante realizar un esfuerzo coordinado entre Estado, empresa privada y sociedad civil para lograr medidas significativas, que no solo contrarresten, sino que

---

4 NACIONES UNIDAS. *Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)*. Recuperado de <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>.

5 UNITED NATIONS CLIMATE CHANGE. *Pacto de Glasgow, COP26*. 2021. Recuperado de <https://unfccc.int/es/process-and-meetings/the-paris-agreement/el-pacto-de-glasgow-para-el-clima-principales-resultados-de-la-cop26>.

6 RIVERA, Alicia. *El hombre, responsable del cambio climático*. 2007. Recuperado de <https://elpais.com/diario/2007/02/03/sociedad/1170457201_850215.html>.

reviertan los efectos negativos del cambio climático mientras aún estamos a tiempo de hacerlo.

El Acuerdo de Glasgow, firmado recientemente durante el COP26 en Escocia, representa solo un paso más hacia la meta. Las medidas adoptadas en sí mismas continúan siendo insuficientes y, sin duda, debe haber un cambio en el comportamiento gubernamental, empresarial y social para hacer posible la disminución de los gases con efecto invernadero y reducir la temperatura de la Tierra a cantidades inferiores a 2 °C.

En la actualidad, el incremento de tormentas, huracanes y ciclones[7], el aumento del nivel del mar[8] y la degradación de la tierra[9] son algunos catastróficos ejemplos de las consecuencias del cambio climático, que afectan directamente a las poblaciones más vulnerables, impulsan los movimientos migratorios masivos y constituyen una directa afectación de los derechos humanos.

De acuerdo al informe de evaluación regional sobre el riesgo de desastres en América Latina y el Caribe sobre los Desafíos para la reducción del riesgo de desastres y avances en el cumplimiento de las metas del Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres (2015-2030), emitido por la Oficina de las Naciones Unidas para la Reducción de Riesgos de Desastres:

---

7 NATIONAL CENTERS FOR ENVIRONMENTAL INFORMATION. *Tropical Cyclones - Annual 2020*. Recuperado <https://www.ncdc.noaa.gov/sotc/tropical-cyclones/202013>.

8 INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. *IPCC Special Report on the Ocean and Cryosphere in a Changing Climate*. Recuperado de <https://archive.ipcc.ch/meetings/session45/Decision_Outline_SR_Oceans.pdf>.

9 INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. *Decision and Outline of the Special Report on climate change, desertification, land degradation, sustainable land management, food security, and greenhouse gas fluxes in terrestrial ecosystems)*. Recuperado de <https://archive.ipcc.ch/meetings/session45/Decision_Outline_SR_LandUse.pdf>.

> América Latina y el Caribe se mantiene como la región más desigual en lo que se refiere a la distribución del ingreso en todo el mundo; la degradación ambiental relacionada con muchas actividades económicas en las que se basa el crecimiento económico sigue siendo muy alta; y más de 184 millones de personas, de las cuales 111 millones viven en ciudades, continúan siendo pobres. Si esto no se modifica y no se integra la reducción del riesgo de desastres a las políticas de desarrollo, el riesgo de desastres seguirá aumentando y el impacto de los desastres será cada vez mayor.[10]

Continúa el informe, aduciendo el minoritario aporte de los países sobre la efectiva articulación de «medidas y regulaciones multisectoriales que operen sobre los impulsores del riesgo, tales como en la gestión de los recursos hídricos, el ordenamiento territorial, y la adaptación y mitigación frente al cambio climático, entre otros».[11]

Para influenciar el cambio y alcanzar las metas que minimicen los riesgos, la voluntad es un factor determinante, desde la acción propia y/o de terceros relevantes para el cambio. Para finales de 2020, el informe de Naciones Unidas precitado determinó que más de la mitad de los países Latinoamericanos y del Caribe no han reportado avances significativos, compatibles con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y que contribuya a reducir el riesgo. La expectativa, antes de la COVID-19 era alcanzar las metas planteadas sobre disminución de riesgo para el año 2030. La pandemia ha modificado esa línea del tiempo, esperemos que no lo suficiente como para demorar un tema tan apremiante para la población más vulnerable.[12]

---

10 OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA REDUCCIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES. *UNDRR ROAMC: Informe de evaluación regional sobre el riesgo de desastres en América Latina y el Caribe (RAR 2021)*, p. 113. Recuperado de <https://www.undrr.org/es/publication/undrr-roamc-informe-de-evaluacion-regional-sobre-el-riesgo-de-desastres-en-america>.

11 *Idem*, p. 114.

12 *Idem*, p. 31.

La iniciativa privada también juega un papel fundamental en la contribución hacia alcanzar metas de índices de sustentabilidad en las prácticas empresariales.

El estudio realizado entre el Pacto Mundial de las Naciones Unidas y Accenture

> […] destaca los esfuerzos de los principales directores ejecutivos para aumentar sus presupuestos de sostenibilidad, diversificar sus operaciones y plantillas, y acelerar el I+D[13] en soluciones resistentes al clima, impulsando mayores niveles de responsabilidad y mostrando lo que es posible cuando la ambición se une a la acción sobre el clima. Aunque casi dos tercios (65 %) de los líderes ya están avanzando en nuevos modelos de negocio y soluciones con cero emisiones para alcanzar sus objetivos, solo el 16 % de todos los CEO dijeron que su madurez está en una etapa avanzada hoy en día.[14]

Existe gran preocupación por parte de los CEO sobre el tiempo en que se espera que se alcancen esas metas para el año 2030.[15] Según *The Climate Leadership in the Eleventh Hour*, el 73 % de los 1100 CEO encuestados sienten gran presión por lograr los objetivos de acciones sobre medidas de sustentabilidad medio ambiental, mientras el 57 % de dichos

---

13 I+D: Investigación y Desarrollo.

14 Traducción libre del texto original: «[…] highlights efforts from leading CEOs to increase their sustainability budgets, diversify their operations and workforces, and accelerate R&D in climate-resilient solutions, driving higher standards of accountability and showing what is possible when ambition meets action on climate. Though nearly two-thirds (65 %) of leaders are already advancing new net-zero business models and solutions to meet their goals, only 16 % of all CEOs said their maturity is at an advanced stage today». ACCENTURE. *CEOs Unequivocally Call for Bold Government Action and Consistent Climate Policy at COP26, According to Latest Sustainability Research from the UN Global Compact and Accenture*. Octubre, 2021. Recuperado de <https://newsroom.accenture.com/news/ceos-unequivocally-call-for-bold-government-action-and-consistent-climate-policy-at-cop26-according-to-latest-sustainability-research-from-the-un-global-compact-and-accenture.htm>.

15 CLIFFORD, Catherine. *Metting Google's climate change goals «stressed out» CEO Sundar Pichai*. Julio, 2021. Recuperado de <https://www.cnbc.com/2021/07/23/meeting-googles-climate-change-goals-stresses-out-ceo-sundar-pichai.html>.

encuestados han puesto sus esfuerzos en priorizar políticas sobre el cambio climáticos mientras lideran acciones de recuperación de la pandemia de la COVID-19.[16]

3. EL ARBITRAJE COMO MECANISMO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS RELACIONADAS CON EL CAMBIO CLIMÁTICO

3.1. Justicia climática y derechos humanos

> La justicia climática es una de las formas de la justicia ambiental y no busca más que el trato justo de todas las personas y países, así como evitar las discriminaciones que pueden conllevar determinadas decisiones y proyectos que pretenden precisamente tratar el problema del cambio climático.[17]

Asimismo, la justicia climática es la repartición de las cargas del calentamiento global, de forma equitativa y justa. También es la búsqueda del respeto a los derechos humanos, priorizando a las personas y, en particular, a aquellos más vulnerables y expuestos a sufrir las consecuencias negativas del cambio climático.

La justicia climática debe tener como prioridad:[18]

- Los derechos de la infancia, las comunidades locales, los pueblos indígenas y las personas migrantes y refugiadas.
- La igualdad de género.
- La participación ciudadana.
- La seguridad alimentaria y el fin del hambre.

---

16 ACCENTURE. *Op. cit.*

17 TRÉVELEZ, Román. *¿Qué es la justicia climática?* Recuperado de <https://www.terra.org/categorias/articulos/que-es-la-justicia-climatica>.

18 Ver Artículo: RODRÍGUEZ PECINO, Begoña. «¿Qué es la justicia climática?». En *Ayuda en Acción*. Recuperado de <https://ayudaenaccion.org/ong/blog/justicia-climatica/>.

- Una transición justa hacia un modelo energético descarbonizado.

- La integridad de los ecosistemas.

Así lo ha descrito Begoña Rodríguez Pecino, de Ayuda en Acción, quien también señala algunos ejemplos de injusticia climática de acuerdo a la información del Banco Mundial, del Panel Internacional de Recursos (IRP) y del panel científico auspiciado por el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Dos ejemplos claros son: (i) «En los países de renta alta solo vive una sexta parte de la población mundial»;[19] y, (ii) «Los países más ricos consumen de media diez veces más recursos que los más pobres».[20]

De acuerdo con la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal), el cambio climático constituye una amenaza tangible al pleno y efectivo ejercicio de los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional.[21] El calentamiento global y, en general, el cambio climático afecta todos los derechos humanos, incidiendo negativamente en el derecho a la salud, a la alimentación, al agua, al desarrollo de la vida digna. Asimismo, contribuye a incrementar las migraciones forzosas y la situación de vulnerabilidad de los migrantes.[22] El calentamiento global, pone en riesgo el derecho a la vida y la protección a la integridad física, al igual que inhibe el ejercicio libre y pleno de los derechos humanos.

---

19 *Ibidem*.

20 *Ibidem*.

21 COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE/ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (CEPAL/ACNUDH). *Cambio climático y derechos humanos: contribuciones desde y para América Latina y el Caribe (LC/TS.2019/94/Corr.1)*. Santiago, 2019, p. 7. Recuperado de <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44970/4/S1901157_es.pdf>.

22 *Idem*, p. 13.

Los países menos industrializados, menos desarrollados y con menores recursos y, a su vez, menos responsables[23] del cambio climático son los principales afectados y vulnerables ante este como consecuencia de las prácticas industrializadas de los países más desarrollados, que son los que generan la mayor cantidad de emisiones de gases con efecto invernadero.[24] Solamente los Estados Unidos es responsable del 29 % de las emisiones globales.[25] Por otra parte, los países más afectados, son los que poseen la población más vulnerable y expuesta a que se contravengan sus derechos humanos. La Cepal resalta que «las dramáticas consecuencias del cambio climático resultan aún más agudas para las personas y grupos en situación de vulnerabilidad, entre ellos mujeres, pueblos indígenas, niños y niñas, jóvenes, migrantes, personas con discapacidad, comunidades ribereñas y grupos de bajos ingresos, que se ven desproporcionadamente afectados por aquellas».[26]

3.2. Arbitraje y justicia climática

Para David W. Rivkin, quien fuera presidente de la International Bar Association 2015-2016, «existe una gran oportunidad para que el derecho internacional y el arbitraje brinden los muy necesarios certeza y

---

23 Destaquemos que poseer menor grado de responsabilidad no es una exoneración de corresponsabilidad, pues el cambio climático es el producto de la acumulación de acciones colectivas a nivel global, con efecto negativo en el medio ambiente, bien sea en mayor o menor grado. Tal es el caso de India, fuera de la categoría de país desarrollado, donde existe un alto grado de contaminación, producto de la quema de leña y estiércol de vaca utilizado en las estufas de barro donde la población cocina. Ver artículo: TROTTA, Tiziana. «Cocinar con leña o estiércol, la mayor fuente de contaminación del aire en la India rural». En *El País*, 21 de diciembre de 2018. Recuperado de <https://elpais.com/elpais/2018/12/18/planeta_futuro/1545152012_761838.html>.

24 BORRAS PENTINAT, Susana. «La justicia climática: entre la tutela y la fiscalización de las responsabilidades». En *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2013, vol. 13, p. 4. Recuperado de <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S1870465413710389?token=385B513B83DEDF03436F269C3C09F9E43BA7D6E6F36D0473D0E82F527A70401B65A0D4E1395C539134D6D0510498F133&originRegion=us-east-1&originCreation=20211208214140>.

25 *Idem*, p. 21.

26 COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE/ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (CEPAL/ACNUDH). *Op. cit.*, p. 7

aliento al sector privado para movilizar la importante inversión verde requerida para apoyar el Acuerdo de París».[27]

Un año antes de su declaración, 2014, el Grupo de Trabajo sobre Justicia Climática y Derechos Humanos ya había emitido el informe con las recomendaciones sobre las acciones concretas para Alcanzar Justicia y Derechos Humanos en la Era del Cambio Climático, resaltando las ventajas de las Reglas especiales de la Corte Permanente de Arbitraje e invitando a otras instituciones arbitrales a trabajar en ese sentido.

En octubre de 2018, en el Reporte de Arbitraje de Norton Rose Fulbright, se publicó un artículo sobre Climate-related disputes: Adaptation and innovation, donde se comentó que: «el arbitraje tiene el potencial de convertirse en un mecanismo clave para la aplicación de las leyes y políticas ambientales».[28] Parte de la razón de esta afirmación son las ventajas propias ofrecidas por el arbitraje como mecanismo de resolución de controversias, algunas de ellas son la especialidad frente a materias complejas, minimiza riesgos legales y financieros, y la confidencialidad.

No cabe duda de que el elemento litigioso está presente en las disputas relacionadas con el cambio climático y van en aumento. Así lo evidenció el estudio del Sabin Center for Climate Change Law de la Universidad de Columbia donde, para 2017, se registraron 884 casos

---

27 MARCOS, Noelia. «El arbitraje internacional en la lucha contra el cambio climático». En *Ciar Global*, diciembre, 2019. Recuperado de <https://ciarglobal.com/el-arbitraje-internacional-en-la-lucha-contra-el-cambio-climatico/>.

28 Traducción libre del autor del texto: «[…] arbitration has the potential to become a key mechanism for the enforcement of environmental law and policy» (BAKER, Mark; STEBBING, Holly; DOWLING, Cara y Emma NIERINCK. «Climate-related disputes. Adaptation and innovation». En *Norton Rose Fulbright's International Arbitration Report*, octubre 2018, p. 13. Recuperado de <https://www.nortonrosefulbright.com/-/media/files/nrf/nrfweb/imported/international-arbitration-review---issue-11.pdf?revision=f23f1aee-4947-4743-86a2-b9b74ed6e191&revision=f23f1aee-4947-4743-86a2-b9b74ed6e191>).

vinculados al cambio climático en 24 países, mientras que para el 2020 el número de casos registrados fue de 1550 en 38 países.[29]

Al considerar los factores que pueden procurar el aumento de casos en arbitraje sobre el cambio climático, de acuerdo a Pamela McDonald, debemos considerar:[30]

- Las acciones de las entidades comerciales que dan lugar a que grupos o individuos afectados tengan derechos de acción;

- Inacción ante el cambio climático: la no adopción de medidas por parte de los Estados en respuesta al cambio climático, que da lugar a posibles litigios interestatales y entre inversores y Estados, así como a reclamaciones de grupos de ciudadanos afectados;

- La acción frente al cambio climático: las consecuencias de la adopción de medidas de respuesta, que dan lugar a posibles litigios interestatales y entre inversores y Estados;

- Dilución o revocación de las medidas de respuesta por parte de los Estados, lo que da lugar a posibles arbitrajes de tratados sobre energías renovables;

- Cumplimiento de contratos - el sector privado es fundamental para la mitigación del cambio climático, y habrá un gran aumento del número de contratos comerciales relacionados con la mitigación y la adaptación al cambio climático;

- La entrada en vigor del Acuerdo de París, que puede dar lugar a arbitrajes.

---

29 UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. *Global Climate Litigation Report: 2020 Status Review. Nairobi*, p. 4. Recuperado de <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/34818/GCLR.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

30 MCDONALD, Pamela. «Resolving climate change disputes through arbitration». En *Pinsent Masons*, 31 de marzo de 2021. Recuperado de <https://www.pinsentmasons.com/out-law/analysis/resolving-climate-change-disputes-through-arbitration>.

Por su parte, Lucy Greenwood, apunta la necesidad urgente y coordinada de acción de quienes hacemos vida en el arbitraje internacional, así como a los obstáculos en el gremio arbitral frente al tema del cambio climático. Específicamente se refiere al *present bias*,[31] esto es, la priorizante preocupación del ahora sobre el mañana. A modo de ejemplo, comenta la colectiva atención y disposición de recursos para combatir la alarmante pandemia de la COVID-19, dejando a un lado la atención sobre el cambio climático que no ha desaparecido y cuyos efectos negativos se mantienen *in crescendo*.

3.2.1. Informe del Grupo de Trabajo sobre Justicia Climática y Derechos Humanos de la International Bar Association: alcanzar justicia y derechos humanos en la era del cambio climático

En septiembre de 2014 fue publicado el Informe del Grupo de Trabajo sobre Justicia Climática y Derechos Humanos de la *International Bar Association* sobre Alcanzar Justicia y Derechos Humanos en la Era del Cambio Climático.[32] Es un informe muy completo, donde se destacan tres aspectos fundamentales: (i) el entendimiento del cambio climático y la ciencia detrás de este; (ii) los retos legales para alcanzar la justicia climática; y, (iii) las recomendaciones para lograr la justicia climática a través de las medidas legales y de solución de controversias (entre ellas el arbitraje), la transparencia y las medidas institucionales como reformas a la Organización Mundial del Comercio, negociaciones sobre Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y otras medidas de adaptación comerciales bilaterales y multilaterales.

---

31 GREENWOOD, Lucy y Leonor DÍAZ-CÓRDOVA. «Nudging towards a greener future in arbitration». En *CIArb Features*, noviembre 2021. Recuperado de <https://www.ciarb.org/resources/features/nudging-towards-a-greener-future-in-arbitration/>.

32 INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Achieving Justice and Human Rights in an Era of Climate Disruption International Bar Association Climate Change Justice and Human Rights Task Force Report*. 2014. Recuperado de <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=0f8cee12-ee56-4452-bf43-cfcab196cc04>.

Una de las recomendaciones es la formación de un Estatuto Modelo que aborde temas sustantivos y procedimentales estándar en torno a la justicia climática, poniendo como ejemplo de éxito la Ley Modelo Uncitral sobre Arbitraje Comercial Internacional, su amplia aceptación dentro de la comunidad jurídica internacional e importante logro de uniformidad en la gran parte de los países del mundo.[33]

Asimismo, la recomendación para el Grupo de Trabajo sobre Justicia Climática es trabajar en el Estatuto Modelo los siguientes aspectos:[34] (i) derechos ejercitables; (ii) legitimación; (iii) causalidad; (iv) reparación; (v) responsabilidad; (vi) interrelación de reclamaciones; (vii) plazos de prescripción; (viii) divulgación y descubrimiento; (ix) adjudicación de costas; y, (x) alcance jurisdiccional.

En un sentido más específico de aplicación de reglas de resolución de disputas, el Grupo de Trabajo de la International Bar Association promueve la utilización del Reglamento Facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) para el Arbitraje de Controversias Relativas al Medio Ambiente y/o Recursos Naturales. De la misma forma, invita expresamente a que las instituciones arbitrales lo tomen como ejemplo y se tomen el tiempo para desarrollar y elaborar reglas específicas para la materia medio ambiental.[35]

Al respecto del informe del Grupo de Trabajo de la International Bar Association, y de su verdadera importancia e impacto, abogadas de Herbert Smith Freehills señalan en un artículo titulado «Arbitration of Climate Change Dispute», que:

> […] su publicación refleja la creciente preocupación que representa el cambio climático, no solo para los particulares sino también para las em-

33 *Idem*, p. 127.
34 *Idem*, p. 128. Traducción libre del autor de los términos mencionados en el texto original.
35 *Idem*, p. 144.

> presas, y la necesidad de garantizar que se disponga de los foros adecuados para resolver el creciente número de litigios relacionados con el cambio climático […].[36]

3.2.2. Corte Permanente de Arbitraje (CPA)

La Corte Permanente de Arbitraje se ha destacado por su especial trabajo en pro de asentar medidas concretas en torno a la protección medio ambiental del planeta. La CPA ha administrado procedimientos en materia medio ambiental y/o de recursos naturales surgidas entre Estados, así como entre Estados y particulares, e incluso ha sido designada como autoridad nominadora, así como destaca «entre las opciones de solución de controversias recomendadas en el Proyecto de Pacto Internacional sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, un acuerdo modelo preparado por organizaciones no gubernamentales con el objetivo de facilitar negociaciones de tratados en el ámbito ambiental».[37]

El origen de las controversias ambientales cuyos procedimientos han sido administrados por las CPA, tienen su origen en distintos tratados bilaterales y acuerdos de arbitraje *ad hoc*. También en tratados multilaterales, tales como la Convención OSPAR de 1992, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, el Tratado sobre las Aguas del Indo de 1960, y el Convenio sobre Cloruros en el Rin de 1976.[38]

---

36 Traducción libre del texto original en inglés: «Its publication reflects the growing concern climate change represents, not just for individuals but for corporates alike, and the need to ensure that appropriate fora are available to resolve the increasing number of climate change-related disputes, be they claims against companies and governments for breaches of human rights, claims against governments to accelerate climate change prevention, shareholder claims against companies for failing to adequately disclose the environmental impact of their operations, insurance disputes, company disputes in the energy sector, or other climate change-related disputes». Ver VILLAGGI, Florencia; DE BRUGIERE, Maguelonne y Christine SIM. «Arbitration of climate change disputes». En *Herbert Smith Freehills*, 20 de diciembre de 2019. Recuperado de <https://hsfnotes.com/energy/tag/iba-climate-change-justice-and-human-rights-task-force/>.

37 CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE. *Solución de controversias ambientales*. Recuperado de <https://pca-cpa.org/es/services/arbitration-services/environmental-dispute-resolution/>.

38 *Ibidem*.

Para lograr efectividad en la ejecución de su función administrativa de procedimientos ambientales, en 2001 y 2002 se adoptaron el Reglamento Facultativo de la CPA para el Arbitraje de Controversias Relativas al Medio Ambiente y/o Recursos Naturales[39] y el Reglamento Facultativo de la CPA para la Conciliación de Controversias Relativas al Medio Ambiente y/o Recursos Naturales,[40] los cuales son referidos en contratos y tratados como el Protocolo sobre Responsabilidad Civil y Compensación por Daños Causados por los Efectos Transfronterizos de Accidentes Industriales en Aguas Transfronterizas de 2003 y los Acuerdos Modelo de Adquisición de Reducción de Emisiones preparados por la Asociación Internacional de Comercio de Emisiones.[41] Aunado a lo anterior, la CPA cuenta con una lista de árbitros especializados, al igual que una lista de expertos científicos y técnicos.

Este encomiable esfuerzo en resolución de disputas medio ambientales es solo uno de los tantos méritos de la CPA en su compromiso en la materia, pues su trabajo no se limita a la actividad administradora de procedimientos, sino de colaboración institucional para la creación de instrumentos especializados y de desarrollo del derecho ambiental internacional.

---

39 CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE. *Reglamento facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje para el arbitraje de las controversias relativas a los recursos naturales y/o al medio ambiente*. Recuperado de <https://docs.pca-cpa.org/2015/12/Reglamento-Facultativo-de-la-CPA-para-el-Arbitraje-de-Controversias-Relativas-a-Recursos-Naturales-yo-al-Medioambiente.pdf>.

40 PERMANENT COURT OF ARBITRATION. *Optional rules for conciliation of disputes relating to natural resources and/or the environment*. Recuperado de <https://docs.pca-cpa.org/2016/01/Optional-Rules-for-Conciliation-of-Disputes-Relating-to-the-Environment-and_or-Natural-Resources.pdf>.

41 CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE. *Solución de controversias ambientales*. *Op. cit.*

3.2.3. Reporte de la Comisión de la ICC: resolución de litigios relacionados con el cambio climático mediante el arbitraje y los ADR

La Cámara de Comercio Internacional (ICC)[42] constituyó un Grupo de Trabajo sobre Arbitraje de Disputas relativas al Cambio Climático, integrado por su Comisión de Arbitraje y ADR con la colaboración de la Comisión sobre Medio Ambiente y Energía, que en noviembre de 2019 publicaron un reporte sobre resolución de controversias relacionadas con el cambio climático a través de arbitraje y ADR.[43]

3.2.3.1. Misión

El objetivo del informe consistió en examinar el papel del arbitraje y de los ADR en la resolución de disputas internacionales relacionadas con el cambio climático. El equipo multidisciplinario del Grupo de Trabajo, se propuso: (i) determinar si el arbitraje ICC, u otros de sus mecanismos de resolución de controversias, son utilizados para resolver controversias relacionadas con el cambio climático y, de proceder, explorar cómo son utilizadas; (ii) determinar qué características específicas se requieren para resolver eficazmente controversias relativas con el cambio climático; (iii) revisar el Reglamento de Arbitraje de la ICC, el Reglamento de Mediación, el Reglamento de Expertos y el Reglamento de la Junta de Disputas en el contexto de las controversias relacionadas con el cambio climático para considerar si sería apropiado que la ICC sugiera u ofrezca servicios, orientación o sugerencias específicas adaptados a la materia, v. gr. modelos de redacción para las cláusulas y el procedimiento; (iv) preparar un informe que resuma las conclusiones del Grupo de Trabajo,

42 ICC, International Chamber of Commerce.

43 ICC COMMISSION REPORT. *Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR*. 2019. Recuperado de <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2019/11/icc-arbitration-adr-commission-report-on-resolving-climate-change-related-disputes-english-version.pdf>.

que podrá ser sometido a la consideración de las partes, las partes potenciales, los abogados y los tribunales.[44]

3.2.3.2. Definición de controversias relativas cambio climático

Se entiende, a los efectos del reporte, por Controversias relativas Cambio Climático, que se trata de «cualquier disputa que surja de o en relación con el efecto del cambio climático y la política de cambio climático, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) y el Acuerdo de París».[45]

3.2.3.3. Principales controversias relativas al cambio climático administradas por la ICC

En el marco de la anterior definición, el Reporte identifica tres categorías principales de contratos que podrían dar lugar a controversias relacionados con el cambio climático:[46] (i) contratos comerciales generales (v. gr. energía, infraestructura, transporte, agricultura); (ii) los contratos celebrados con la finalidad de aplicar los compromisos de transición, adaptación o mitigación previstos en el Acuerdo de París; y, (iii) casos en los que las partes hayan acordado acudir a arbitraje con posterioridad a que haya surgido una disputa (v. gr. caso: Urgenda vs. el Gobierno de Holanda).[47] Para 2018, más del 40 % de los casos nuevos entraban dentro de esta clasificación, siendo el 26,6 % sobre materia de construcción y del 14,6 % sobre el sector de energía.[48]

---

44 *Idem*, p. 7.

45 *Idem*, p. 9. Traducción libre del autor del texto original: «[…] any dispute arising out of or in relation to the effect of climate change and climate change policy, the United Nations Framework Convention on Climate Change ("UNFCCC") and the Paris Agreement».

46 *Idem*, p. 13.

47 Caso Urgenda vs. El gobierno de Holanda. Emblemático por haber sido el pionero en establecer la responsabilidad y deber legal del gobierno en prevenir los daños producidos por el cambio climático. Ver <https://www.urgenda.nl/en/themas/climate-case/>.

48 ICC COMMISSION REPORT. *Op. cit.*, p. 13.

3.2.3.4. Resolución efectiva de controversias relativas al cambio climático a través del arbitraje

El Reporte considera que el arbitraje de la ICC puede ser eficaz para la resolución de controversias relativas al cambio climático e identifica seis características procesales a tener en cuenta a la hora de arbitrar controversias de esta naturaleza: (i) la selección de los miembros del tribunal y de los expertos con los conocimientos científicos adecuados; (ii) la adopción de medidas para acelerar la resolución temprana al proporcionar medidas de urgencia; (iii) garantizar la aplicación de los compromisos, acuerdos o leyes sobre el cambio climático; (iv) promover la transparencia (v. gr. Procedimiento público o publicación del laudo arbitral); (v) permitir la participación de terceros en el procedimiento (incluso a través de *amicus curie*); y (vi) asignar los costes.[49]

Sin duda, el arbitraje en sí mismo ofrece diversas ventajas en la resolución general de controversias, ya que no solo ofrece un foro neutral para la resolución de las mismas, sino que también el arbitraje existe bajo la garantía de ejecución provista por la Convención de Nueva York de 1958, sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras,[50] extensible por igual a las controversias sobre cambio climático.

La iniciativa de la ICC al elaborar este reporte evidencia la posibilidad de administrar controversias relativas al cambio climático con base en su estructura organizativa y normativa actual (v. gr. la previsión de intervención de terceros, la posibilidad de presentación de algún *amicus curie*), pues esta es compatible con los beneficios identificados para garantizar la efectividad de un arbitraje relativo al cambio climático. Igualmente, se alinea con la sugerencia de la International Bar Association que invita a las instituciones arbitrales a crear procedimientos para ayudar a la consideración de las perspectivas sobre el cambio climático en

49 *Idem*, p. 19.
50 *Idem*, p. 16.

toda la comunidad. Aunque, comparativamente, no da el paso adicional que tomó la Corte Permanente de Arbitraje al haber producido reglas de arbitraje y conciliación específicas en temas de cambio climático, así como poseer una lista de árbitros y otra de expertos en la materia.

4. EL ARBITRAJE Y SU CONTRIBUCIÓN A REVERTIR LOS EFECTOS DEL CAMBIO CLIMÁTICO

4.1. The Campaign for Greener Arbitrations (CGA)

4.1.1. Origen, organización y compromiso

The Campaign for Greener Arbitrations (La campaña para arbitrajes más verdes) es una iniciativa creada en 2019 por Lucy Greenwood con la intención de reducir el impacto medioambiental producido por el arbitraje internacional, contribuyendo así, significativamente, a la disminución de la huella de carbono en el medio ambiente desde el lugar que nos es común: el arbitraje.

Con esta idea en mente, la propuesta fue entender el impacto efectivo de un arbitraje internacional en el medio ambiente. Se encontró, a través de un estudio inicial, que las emisiones de carbono producto de un solo arbitraje internacional de mediano-gran tamaño, requieren aproximadamente 20 000 árboles para ser contrarrestadas.[51] Adicionalmente, se pudo determinar que existen tres medidas inmediatas que podemos tomar para contribuir al cambio: (i) reducir los viajes de larga distancia; (ii) eliminar los expedientes físicos (en papel); y, (iii) eliminar el uso de material desechable de alta rotación, v. gr. vasos descartables.[52]

La meta es ampliar el estudio con la finalidad de entender mejor, y con mayor profundidad, el alcance y, por su puesto, las medidas de

---

51 CAMPAIGN FOR GREENER ARBITRATIONS. *A significant impact*. Recuperado de <https://www.greenerarbitrations.com/impact>.

52 *Idem*.

cambio a ser tomadas. El estudio ampliado también incluirá capítulos de análisis sobre las emisiones de carbono producidas por las conferencias, seminarios y eventos relacionados con el arbitraje internacional.

Entendido el contexto, y partiendo de criterios objetivos, CGA toma decisiones organizativas con la intención de hacer posible la ejecución de la iniciativa. Para ello (i) se constituyó un *steering committee*, que a su vez generó grupos de trabajos internacionales y multidisciplinarios, constituidos por región para mayor alcance global; (ii) se creó *The Green Pledge*, como primera iniciativa voluntaria a ser tomada por cualquier interesado en comprometerse a generar cambio consistente con los principios de CGA; (iii) se emitió una guía de buenas prácticas arbitrales medio ambientales, *The Green Protocols*, el Día de la Tierra de 2021, sobre lo que nos detendremos más adelante, de manera detallada, a fin de compartir con el lector las acciones que, desde la individualidad, pueden generar un impacto colectivo significativo hacia lograr arbitrajes más verdes, esto es, arbitrajes más ecológicos.

El compromiso es la generación de medidas de sustentabilidad en beneficio del medio ambiente y, en consecuencia, de nosotros mismos como habitantes de este planeta. Entendiendo que las medidas ecológicas en el arbitraje internacional también son parte de las buenas y mejores prácticas arbitrales.

4.1.2. The Green Pledge

The Green Pledge (el compromiso verde)[53] es ese deber moral autoimpuesto por cada uno de quienes asumimos el compromiso de incorporar buenas y mejores prácticas arbitrales, correspondientes con los principios de *The Campaign for Greener Arbitrations* y con preservar el medio ambiente.

---

53 CAMPAIGN FOR GREENER ARBITRATIONS. *The Green Pledge*. Recuperado de <https://www.greenerarbitrations.com/greenpledge>.

En la actualidad, cuenta con casi 1000 firmantes, de los cuales el 12 % pertenecen a América Latina.

4.1.3. The Green Protocols

4.1.3.1. Marco de aplicación

Las medidas previstas en *The Green Protocols* (Los protocolos verdes)[54] pueden integrarse individual o totalmente, tampoco son vinculantes, salvo acuerdo entre las partes, y no establecen responsabilidad ni un estándar de responsabilidad para fines legales o regulatorios.

4.1.3.2. Principios rectores y medidas de sustentabilidad

Crear espacios profesionales con reducida huella medioambiental, a través de la utilización energía limpia, reducción de desperdicios, disminución de impresiones y promoción del archivo digital, en lugar de en papel, así como el mayor uso de videoconferencias como medida sustitutiva de los viajes relativos a procedimientos arbitrales, conferencias u otros vinculados al arbitraje internacional, constituyen los principios rectores en los que se fundamenta Los protocolos verdes.

Aunado a lo anterior, se promueve la creación de conciencia en torno a estos principios dentro del ambiente profesional. La labor no es solo de ejecución de acciones concretas y colaboración institucional, sino de formación de esa conciencia a través de la difusión del conocimiento del impacto positivo que estas medidas generan en el medio ambiente. Es por ello que podemos resumir las medidas de sustentabilidad promovidas en ¡Los protocolos verdes en: uso de energía limpia, reducción de desperdicios, asociación con organizaciones ecológicas, viajar con responsabilidad, compensar las emisiones de carbono y participar conscientemente en iniciativas de responsabilidad social.

---

54 CAMPAIGN FOR GREENER ARBITRATIONS. *Green Protocols*. Recuperado de <https://www.greenerarbitrations.com/green-protocols>.

4.1.3.3. Los protocolos

Los protocolos verdes/ecológicos se presentan a sí mismos como una guía de ejecución de los principios rectores de CGA. Su aplicación se somete a la consideración de la voluntad de las partes y, de manera explicativa, ejemplificante, dinámica y práctica desglosan una serie de acciones para contribuir con el medio ambiente desde la posición que ejercen los distintos actores dentro del arbitraje. Siguiendo esta metodología, en los protocolos se ha determinado seis (6) áreas de atención de la práctica arbitral y han generado recomendaciones específicas para cada caso concreto.

Los protocolos verdes, en su primera edición 2021, están dirigidos a proporcionar recomendaciones específicas, principalmente para seis áreas: (i) procedimientos arbitrales; (ii) bufetes de abogados, *chambers* y demás proveedores de servicios legales vinculados al arbitraje; (iii) árbitros; (iv) conferencias de arbitraje; (v) sedes de audiencias arbitrajes; e, (iv) instituciones arbitrales. Describiremos brevemente cada uno.

a) El Protocolo verde para procedimientos arbitrales y el Modelo de orden procesal verde: El Protocolo verde para procedimientos arbitrales está acompañado de un modelo de orden procesal. En estos podemos conseguir medidas orientativas, siempre voluntarias, salvo acuerdo entre las partes, para garantizar un procedimiento más amigable con el medio ambiente. Dentro de las medidas sugeridas encontramos: ejecución de procedimientos a distancia, reducción de viajes innecesarios y abstención de imprimir materiales.

b) El Protocolo verde para bufetes de abogados, *chambers* y proveedores de servicios jurídicos que trabajan en el arbitraje: la actividad de asociaciones de profesionales del derecho es un principal colaborador en las iniciativas verdes,

pues su ejemplo puede modelar entre colegas, clientes, gremios e instituciones en las que participa. En este protocolo, no solo se promueve el uso y ejecución, sino también el desarrollo de políticas verdes de reciclaje, asociación son proveedores ecológicos y de conciencia institucional en torno a la preservación del medio ambiente.

c) El Protocolo verde para árbitros: representa una guía orientativa para árbitros, donde tengan consideraciones medioambientales específicas dentro de su práctica profesional, tales como: mantener un archivo digital de los casos, consideraciones sobre energía, viajes y producción de residuos.

d) El Protocolo verde para instituciones arbitrales: este protocolo procura ser una guía de buenas y mejores prácticas para las instituciones arbitrales, a fin de adaptar los procedimientos, sus reglas y conciencia interna sobre medidas ecológicas y que contrarresten la huella de carbono producida por la actividad profesional.

e) El protocolo verde para las conferencias de arbitraje: sin duda los eventos en torno al arbitraje internacional constituyen un porcentaje alto de la agenda de los practicantes de esta área. El protocolo invita a mantener los recursos de plataformas *on line* para la ejecución de los mismos; sin embargo, en el caso de ejecución presencial, es importante mantener al mínimo la producción de desechos contaminantes, planificar el registro y materiales de manera digital, así como crear alianzas con proveedores ecológicos.

f) El Protocolo verde para las sedes de audiencias de arbitraje: este protocolo promueve el uso de la tecnología como herramienta fundamental para el desarrollo de las

actividades de audiencias en los procedimientos arbitrales, así como el intercambio digital de presentaciones y archivos relativos al procedimiento. Sin olvidar, que la base de ejecución del uso de la tecnología, parte de la utilización de energía limpia.

> La Campaña por unos arbitrajes más ecológicos ha allanado el camino para facilitar la ecologización. Los Protocolos Verdes son un conjunto de directrices destinadas a guiar el esfuerzo por reducir el impacto medioambiental de los arbitrajes internacionales. Los Protocolos Verdes se centran principalmente en tres áreas críticas en las que los cambios en las prácticas de comportamiento de los profesionales del arbitraje podrían tener el mayor impacto en la reducción sustancial de las emisiones de carbono.[55]

5. CONCLUSIONES

La realidad de América Latina frente al cambio climático es un estadio de vulnerabilidad en cuanto a la exposición de su población a las graves consecuencias medioambientales. Sin embargo, son significativas las iniciativas que se están tomando en torno a la mitigación y adaptación, así como a la prevención de riesgos frente a las consecuencias climáticas.

Es evidente que la política internacional está abocada a buscar soluciones y que la cooperación de todos los actores que hacemos vida en el planeta somos copartícipes, así como corresponsables, del impulso, promoción y ejecución de iniciativas que se preocupen por lograr los objetivos del Acuerdo de París, pues es un trabajo en equipo donde la individualidad es agradecida, pero insuficiente para dar frente a la gravedad de las circunstancias.

---

55 Traducción libre del texto original: «The Campaign for Greener Arbitrations has paved the way to make it easy to go green. The Green Protocols are a set of directives intended to guide the effort to reduce the environmental impact of international arbitrations. The Green Protocols primarily focus on three critical areas in which changes in the behavioural practices of arbitration practitioners could have the largest impact in substantially reducing carbon emissions». GREENWOOD, Lucy y Leonor DÍAZ-CÓRDOVA. *Op. cit.*

El ámbito de resolución de disputas no escapa a la contribución al problema, ni tampoco al desarrollo de iniciativas formales que fomenten diversidad de contribuciones a la solución. Ejemplo de ello es la formación de grupos de trabajo especializados, destinados a estudiar a profundidad el tema, con la intención de determinar los focos de trabajo en pro de la toma de decisiones alineadas con los Objetivos de Desarrollo Sostenible y los mecanismos plateados en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, así como los instrumentos multilaterales desarrollados en las conferencias de las partes.

La naturaleza propia del arbitraje, y de la comunidad que lo consolida como institución internacional, provee una oportunidad de aceleración de remedios procesales óptimos para alcanzar verdadera justicia climática. Es así como el aporte de la CPA, la IBA y ICC abonan al camino hacia el arbitraje internacional como un instrumento adicional para el logro del cambio, al igual que una herramienta especializada eficiente y garante de la resolución efectiva de disputas en materia medioambiental, cuyo esfuerzo no se agota en la aprobación de reglamentos especiales y a la administración de sus procedimientos, sino al papel activo, dentro y fuera de la comunidad arbitral internacional, creadora de consciencia verde.

De esta manera The Campaign for Greener Arbitrations viene a agrupar a ese equipo multidisciplinario que constituye el arbitraje internacional y pone en blanco y negro acciones de inmediata adopción, en seis categorías distintas, al servicio del medio ambiente.

Si el arbitraje es una característica de las sociedades libres, entonces debemos entender que no hay verdadera libertad sin derechos humanos, entre ellos, la justicia climática.

6. BIBLIOGRAFÍA

ACCENTURE. *CEOs Unequivocally Call for Bold Government Action and Consistent Climate Policy at COP26, According to Latest Sustainability Research from the UN Global Compact and Accenture. Octubre, 2021*. Recuperado de <https://newsroom.accenture.com/news/ceos-unequivocally-call-for-bold-government-action-and-consistent-climate-policy-at-cop26-according-to-latest-sustainability-research-from-the-un-global-compact-and-accenture.htm>.

BAKER, Mark; STEBBING, Holly; DOWLING, Cara y Emma NIERINCK. «Climate-related disputes. Adaptation and innovation». *En Norton Rose Fulbright's International Arbitration Report*, octubre 2018, pp. 13-16. Recuperado de <https://www.nortonrosefulbright.com/-/media/files/nrf/nrfweb/imported/international-arbitration-review---issue-11.pdf?revision=f23f1aee-4947-4743-86a2-b9b74ed6e191&revision=f23f1aee-4947-4743-86a2-b9b74ed6e191>.

BORRAS PENTINAT, Susana. «La justicia climática: entre la tutela y la fiscalización de las responsabilidades». En *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2013, vol. 13, pp. 3-49. Recuperado de <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S1870465413710389?token=385B513B83DEDF03436F269C3C09F9E43BA7D6E6F36D0473D0E82F527A70401B65A0D4E1395C539134D6D0510498F133&originRegion=us-east-1&originCreation=20211208214140>.

CAMPAIGN FOR GREENER ARBITRATIONS. *A significant impact*. Recuperado de <https://www.greenerarbitrations.com/impact>.

CAMPAIGN FOR GREENER ARBITRATIONS. *Green Protocols*. Recuperado de <https://www.greenerarbitrations.com/green-protocols>.

CAMPAIGN FOR GREENER ARBITRATIONS. *The Green Pledge*. Recuperado de <https://www.greenerarbitrations.com/greenpledge>.

CLIFFORD, Catherine. *Metting Google's climate change goals «stressed out» CEO Sundar Pichai*. Julio, 2021. Recuperado de <https://www.cnbc.com/2021/07/23/meeting-googles-climate-change-goals-stresses-out-ceo-sundar-pichai.html>.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE/ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (CEPAL/ACNUDH). *Cambio climático y derechos humanos: contribuciones desde y para América Latina y el Caribe (LC/TS.2019/94/Corr.1)*. Santiago, 2019, p. 7. Recuperado de <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44970/4/S1901157_es.pdf>.

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE. *Reglamento facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje para el arbitraje de las controversias relativas a los recursos naturales y/o al medio ambiente*. Recuperado de <https://docs.pca-cpa.org/2015/12/Reglamento-Facultativo-de-la-CPA-para-el-Arbitraje-de-Controversias-Relativas-a-Recursos-Naturales-yo-al-Medioambiente.pdf>.

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE. *Solución de controversias ambientales*. Recuperado de <https://pca-cpa.org/es/services/arbitration-services/environmental-dispute-resolution/>.

DE LUIS GARCÍA, Elena. «Arbitraje para conflictos ambientales: una aproximación desde los derechos humanos». En *Thēmis - Revista de Derecho*, enero-junio 2020, n.º 77, pp. 505-515. Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/23499>.

GREENWOOD, Lucy y Leonor DÍAZ-CÓRDOVA. «Nudging towards a greener future in arbitration». En *CIArb Features*, noviembre 2021. Recuperado de <https://www.ciarb.org/resources/features/nudging-towards-a-greener-future-in-arbitration/>.

ICC COMMISSION REPORT. *Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR*. 2019. Recuperado de <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2019/11/icc-arbitration-adr-commission-report-on-resolving-climate-change-related-disputes-english-version.pdf>.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Achieving Justice and Human Rights in an Era of Climate Disruption International Bar Association Climate Change Justice and Human Rights Task Force Report*. 2014. Recuperado de <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=0f8cee12-ee56-4452-bf43-cfcab196cc04>.

INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. *Decision and Outline of the Special Report on climate change, desertification, land degradation, sustainable land management, food security, and greenhouse gas fluxes in terrestrial ecosystems)*. Recuperado de <https://archive.ipcc.ch/meetings/session45/Decision_Outline_SR_LandUse.pdf>.

INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. *IPCC Special Report on the Ocean and Cryosphere in a Changing Climate*. Recuperado de <https://archive.ipcc.ch/meetings/session45/Decision_Outline_SR_Oceans.pdf>.

MARCOS, Noelia. «El arbitraje internacional en la lucha contra el cambio climático». En *Ciar Global*, diciembre, 2019. Recuperado de <https://ciarglobal.com/el-arbitraje-internacional-en-la-lucha-contra-el-cambio-climatico/>.

MCDONALD, Pamela. «Resolving climate change disputes through arbitration». En *Pinsent Masons*, 31 de marzo de 2021. Recuperado de <https://www.pinsentmasons.com/out-law/analysis/resolving-climate-change-disputes-through-arbitration>.

NACIONES UNIDAS. *Acuerdo de París*. 2015. Recuperado de <https://unfccc.int/sites/default/files/spanish_paris_agreement.pdf>

NACIONES UNIDAS. *Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático*. 1992. Recuperado de <https://unfccc.int/files/essential_background/background_publications_htmlpdf/application/pdf/convsp.pdf>.

NACIONES UNIDAS. *Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)*. Recuperado de <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>.

NACIONES UNIDAS. *Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*. 1998. Recuperado de <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpspan.pdf>.

NATIONAL CENTERS FOR ENVIRONMENTAL INFORMATION. *Tropical Cyclones - Annual 2020*. Recuperado de <https://www.ncdc.noaa.gov/sotc/tropical-cyclones/202013>.

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA REDUCCIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES. *UNDRR ROAMC: Informe de evaluación regional sobre el riesgo de desastres en América Latina y el Caribe (RAR 2021)*. Recuperado de <https://www.undrr.org/es/publication/undrr-roamc-informe-de-evaluacion-regional-sobre-el-riesgo-de-desastres-en-america>.

PERMANENT COURT OF ARBITRATION. *Optional rules for conciliation of disputes relating to natural resources and/or the environment*. Recuperado de

<https://docs.pca-cpa.org/2016/01/Optional-Rules-for-Conciliation-of-Disputes-Relating-to-the-Environment-and_or-Natural-Resources.pdf>.

RIVERA, Alicia. *El hombre, responsable del cambio climático*. 2007. Recuperado de <https://elpais.com/diario/2007/02/03/sociedad/1170457201_850215.html>.

RIVKIN, David W. *Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce Bridging the Climate Change Policy Gap - The Role of International Law and Arbitration. Concluding Keynote: IBA Initiatives in support of climate change mitigation and adaptation*. 21 de noviembre, 2016. Recuperado de <https://sccinstitute.com/media/164268/scc-climate-conference_dwr-speaking-notes-nov-2016.pdf>.

RODRÍGUEZ PECINO, Begoña. «¿Qué es la justicia climática?». En *Ayuda en Acción*. Recuperado de <https://ayudaenaccion.org/ong/blog/justicia-climatica/>.

TRÉVELEZ, Román. *¿Qué es la justicia climática?* Recuperado de <https://www.terra.org/categorias/articulos/que-es-la-justicia-climatica>.

TROTTA, Tiziana. «Cocinar con leña o estiércol, la mayor fuente de contaminación del aire en la India rural». En *El País*, 21 de diciembre de 2018. Recuperado de **<**https://elpais.com/elpais/2018/12/18/planeta_futuro/1545152012_761838.html**>.**

UNITED NATIONS CLIMATE CHANGE. *Pacto de Glasgow, COP26*. 2021. Recuperado de <https://unfccc.int/es/process-and-meetings/the-paris-agreement/el-pacto-de-glasgow-para-el-clima-principales-resultados-de-la-cop26>.

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. *Global Climate Litigation Report: 2020 Status Review. Nairobi.* <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/34818/GCLR.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

VERHEYEN, Roda y Cathrin ZENGERLING. «International Climate Change Cases». En RUPPEL, Oliver C.; ROSCHMANN, Christian y Katharina RUPPEL-SCHLICHTING. *Climate Change: International Law and Global Governance: Volume I: Legal Responses and Global Responsibility*. Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2013, pp. 759-804. Recuperado de <http://www.jstor.org/stable/j.ctv941w8s.29>.

VIDAL RAMOS, Roger. «El arbitraje ambiental y sus implicancias». En *Advocatus*, julio 2013, n.º 28, pp. 145-158. Recuperado de <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/4198>.

VILLAGGI, Florencia; DE BRUGIERE, Maguelonne y Christine SIM. «Arbitration of climate change disputes». En *Herbert Smith Freehills*, 20 de diciembre de 2019. Recuperado de <https://hsfnotes.com/energy/tag/iba-climate-change-justice-and-human-rights-task-force/>.

MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL: CUESTIONES DE JURISDICCIÓN

Andrea Hulbert [*]

Sumario: 1. Las medidas cautelares en el arbitraje internacional.— 2. La competencia del tribunal arbitral y las medidas cautelares.— 3. La jurisdicción concurrente: el árbitro, el juez o ambos.— 4. El caso de Brasil.— 5. El caso de Perú.— 6. El caso de República Dominicana.— 7. Conclusiones.— 7.1. ¿Cuándo se acude al juez y cuándo al árbitro?— 7.2. ¿Cómo se interpretan y se administran las posibles interferencias entre las resoluciones de uno y otro?— 8. Bibliografía.

En el presente artículo abordaremos el tema de las medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional con el objetivo promover el inicio del análisis y la discusión sobre el tema.[1] Trataremos las situaciones del otorgamiento, modificación, suspensión y revocación de una medida cautelar, antes de la instalación del tribunal y durante la tramitación del proceso de arbitraje, con énfasis en las situaciones que se presentan

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

[1] Utilizo la palabra «inicio» porque este tema es propio de un estudio y análisis muy detallado parar llegar a conclusiones certeras y que aporten a la práctica del arbitraje. Nos daremos a la labor de intentar no solo abordar el tema, sino de dar al lector herramientas para enfrentar las situaciones en las que pueda haber interferencia o choque entre la competencia del juez y la del árbitro en materia de medidas cautelares.

cuando estamos en el escenario de una jurisdicción concurrente entre el juez y el árbitro.[2]

Para dar contexto al lector, se inicia con un apartado conceptual antes de abordar cada tema, de esta forma iniciaremos con el concepto propio de medida cautelar y los requisitos para solicitarla, la competencia del tribunal arbitral y su aptitud para resolver sobre la solicitud de medida cautelar, la existencia de la jurisdicción concurrente, los riesgos inherentes y excepciones, por último, casos de jurisdicción no concurrente, así como los límites que pueden o deben existir entre las jurisdicciones de frente a medidas cautelares en un arbitraje comercial internacional y conclusiones.

La potestad de los árbitros frente a las medidas cautelares[3] y sus efectos, pero sobre todo de cara a las solicitudes de modificación o de revocatoria de medidas cautelares dictadas en sede judicial —que pueden estar recién dictadas, en proceso de apelación o bien ya ejecutadas— es un tema poco tratado en la doctrina,[4] y en la práctica es un tema que

---

2 Deseo reconocer y agradecer a María José Rojas por su asistencia en la elaboración de este trabajo. Asimismo, este trabajo académico no habría sido posible sin la colaboración de los siguientes expertos en la materia que conversaron con la autora y dieron sus perspectivas sobre el tema, por ello agradezco a: Eduardo Zuleta (Colombia), Claus von Wobeser (México), Carlos Soto (Perú), Marcos Peña Rodríguez (República Dominicana), María Inés Corrá (Argentina), Fernando Marcondes (Brasil), Eliana Baraldi (Brasil), Francisco González de Cossío (México), Mardoqueo Tóchez (El Salvador) y a Jorge López Fung (Perú). A todos les agradezco profundamente por su tiempo y su desprendimiento al compartir sus conocimientos y experiencia para enriquecer este trabajo.

3 Para mayor comprensión del lector, cuando hablamos de «medidas cautelares» o «medidas precautorias» se incluyen las diferentes especies de las mismas. Algunos autores hacen la diferencia, por un lado, de las medidas *interinas* o *provisionales*, en donde hacen alusión a la naturaleza de las mismas y no vinculan al árbitro o juez ventilando el asunto. Por otro lado, las medidas *protectoras*, *precautorias* o *conservadoras* que se refieren al propósito de estas: resguardar derechos de las partes, mantener el *statu quo* y obtener o conservar pruebas. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Medidas precautorias como garantía de efectividad del arbitraje*. Recuperado de <http://gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Medidas%20Precautorias%20como%20Garantia%20U%20Chile.pdf>, p. 3.

4 Advertimos al lector que la labor de investigación, que no ha sido sencilla, fue breve para la complejidad del tema, pues pocos han abordado el tema de forma directa o específica y el estudio está limitado a lo que la autora por experiencia conoce y está enfocado geográficamente en Iberoamérica, por lo que no se ha consultado ni estudiado la situación planteada en otros países, labor que dejamos para la segunda parte de este artículo o uno más elaborado.

es objeto de discusión y da lugar a opiniones contrapuestas entre árbitros, abogados de parte y expertos. Es por ello que se hace necesario escribir sobre el tema para abrir las puertas hacia su análisis y la discusión, sin pretender ser exhaustivo, mucho menos conclusivo, pero sí con la intención de que la comunidad internacional jurídica ofrezca respuestas a los cuestionamientos que veremos y, eventualmente, se genere también un cambio.

Por tratarse de medidas cautelares en arbitraje internacional, el artículo usa como columna vertebral normativa la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante, la Ley Modelo),[5] normativa que ya ha ingresado a la legislación nacional de 85 Estados, de un total de 118 jurisdicciones.[6] La Ley Modelo fue desarrollada para abordar las disparidades existentes en los derechos domésticos y avanzar hacia una armonización internacional.[7] Con la versión del 2006, la Ley Modelo experimentó mejoras sustantivas, otorgando un poder mucho más amplio a los árbitros,[8] siendo de interés que se reconoce expresamente la extensión del acuerdo arbitral a las medias cautelares y se regula también la intervención judicial en ellas.[9]

---

5 COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.* 2006. Recuperado de <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/07-87001_ebook.pdf>, artículo 17.

6 COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. *Situación actual Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006.* Recuperado de <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status>.

7 COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. *Uncitral 2012 Digest of Case La won the model Law on International Commercial Arbitration.* United Nations, New York. 2012. Recuperado de <www.uncitral.org>, p. 1.

8 DUARTE, Herman. *¿Pueden los árbitros dictar medidas cautelares? El caso de Costa Rica.* Recuperado de <https://www.academia.edu/35477969/Medidas_cauterales_en_arbitraje_internacional_en_Costa_Rica?email_work_card=title>, p. 2.

9 BORN, Gary. *International Commercial Arbitration.* Londres: Wolters Kluwer Law and Business, 2012, p. 2434.

1. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Iniciamos este artículo poniendo en blanco y negro el concepto de medida cautelar.[10] Una fuente hispánica nos dice que la medida cautelar es el «Instrumento procesal de carácter precautorio que adopta el órgano jurisdiccional, de oficio o a solicitud de las partes, con el fin de garantizar la efectividad de la decisión judicial mediante la conservación, prevención o aseguramiento de los derechos e intereses que corresponde dilucidar en el proceso».[11] Por su parte, una fuente anglosajona provee una definición muy similar y dice, que la medida cautelar o precautoria consiste en la orden de un tribunal internacional para prevenir que un litigante perjudique el resultado final de la demanda con acciones unilaterales antes de que se dicte la sentencia final (traducción libre en lo conducente).[12]

Nos podemos dar cuenta que la visión es la misma, se trata de órdenes que emite la autoridad competente con la finalidad de proteger los derechos de las partes durante la tramitación del proceso y para facilitar el cumplimiento o la ejecución del laudo final. Los derechos que se tutelan pueden ser procesales cuando la medida es —por ejemplo— para garantizar un medio probatorio, o bien para proteger derechos sustantivos, cuando lo que se hace es resguardar derechos de las partes y mantener el *statu quo*.[13]

---

10 Para ello, es sólido consultar las definiciones dadas en los diccionarios, así encontré un concepto dentro de un sistema de derecho civil y otro dentro del sistema del *common law*.

11 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. «Medida cautelar». En *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Recuperado de <https://dpej.rae.es/lema/medida-cautelar>.

12 «*Interim measure of protection***.** Int´l law. An international tribunal´s order to prevent a litigant from prejudicing the final outcome of a lawsuit by arbitrary action before a judgment has been reached. This measure is comparable to a temporary injunction in national law». GARNER, Bryan. *Black's Law Dictionary*. West Publication Co. Estados Unidos de América, 2004, p. 832.

13 La jurisprudencia internacional ha entendido *statu quo* como: «el último estado de paz entre las partes». Safe Kids in Daily Supervision Limited contra Mcneill, High Court, Auckland, New Zealand, 14 de abril del 2010, *Reporte de Uncitral* (2012) *Digest of Case Law on the model Law on International Commercial Arbitration*. United Nations, New York: p. 87. También ha considerado

Lo anterior cobra particular importancia en las disputas internacionales en donde existen importantes riesgos sobre la prueba y/o activos de las partes que posteriormente pueden dificultar la decisión del caso y la ejecución del laudo.[14] En esta línea, la Ley Modelo, en su numeral 17.2,[15] dispone que una medida cautelar es una medida temporal que se puede otorgar en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva en definitiva la controversia. La medida consistirá en que el tribunal ordene a una de las partes alguna acción encaminada a conseguir, prevenir o evitar alguna cosa. Antes de mencionar las posibles decisiones, llamo la atención sobre a quién puede un tribunal arbitral dirigir la orden: solamente a las partes, debido a la naturaleza contractual del arbitraje, salvo en los casos en los que la *lex arbitri*[16] le da potestad de *imperium*[17] al árbitro, como es el caso de Perú, según veremos más adelante.

La Ley Modelo específicamente se refiere a medidas cautelares que contengan órdenes encaminadas a (i) mantener el *statu quo*; (ii) impedir algún daño actual o inminente, impedir el menoscabo del procedimiento arbitral, o impedir que se ejecuten actos que pudieren ocasionar el daño

que se refiere a un periodo anterior al acaecimiento de la situación que da lugar a la disputa, que puede ser abres o incluso posterior al inicio del procedimiento. Daily Supervision Limited contra Mcneill, High Court, Auckland, New Zealand, 14 de abril del 2010, p. 24.

14 BORN, Gary. *Op. cit.*. p. 2426.

15 COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional*. *Op. cit*., artículo 17.

16 *Lex arbitri* es la ley procesal aplicable. «La *lex arbitri* —o ley aplicable al procedimiento arbitral— puede venir determinada por las partes de forma indirecta, al determinar la sede del arbitraje o la sujeción a una institución arbitral. De forma directa, las partes pueden generalmente desplegar una amplia autonomía material a la hora de establecer el régimen de actuaciones procesales o incorporar por referencia reglamentaciones procesales concretas». SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. «Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional». En *R.E.D.I.*, 2009, vol. LXI, p. 42.

17 «*imperium*
1. Gral. Potestad de hacer cumplir lo resuelto.
2. Gral. Coacción jurídica». REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. «*Imperium*». En *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Recuperado de <https://dpej.rae.es/lema/imperium>.

o el menoscabo al proceso; (iii) proporcionar medios para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo; o (iv) preservar elementos de prueba que puedan ser relevantes o pertinentes para resolver la controversia.[18]

De lo expuesto se desprende que las medidas cautelares pretenden la conservación del *statu quo* por medio de la orden de acción u omisión que dicta un juez o árbitro con la intención de evitar que el paso del tiempo durante del procedimiento afecte el objeto que se discute y lograr que, una vez emitido el laudo, este pueda ser ejecutado.

Las solicitudes de las medidas cautelares deberán cumplir con los requisitos que exijan las normas que sean aplicables a cada proceso de arbitraje en particular, cuyo marco normativo que está compuesto por tres pilares: el acuerdo arbitral, el reglamento del arbitraje escogido por las partes y la ley de la sede del arbitraje o *lex arbitri*. En general, se pedirá que exista una apariencia de buen derecho, un peligro generado por la mora o la tardanza de la resolución del proceso y el riesgo de sufrir un daño procesal o material, o bien la existencia de un daño actual, en cuyo caso, la medida estará dirigida a evitar que se cause un daño, mitigar uno causado o limitar sus efectos. El estándar del daño que se debe satisfacer (amenaza de un perjuicio no reparable fácilmente, daño irreparable, daño grave, daño serio) dependerá de las reglas aplicables y antes citadas, pero también dependerá, en forma importante, del abordaje interpretativo y tratamiento que le dé el tribunal arbitral.[19]

---

18 COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Op. cit*.

19 Sobre este tema los invito a leer el artículo de GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Op. cit.* y GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Medidas precautorias en arbitraje: hacia un mejor estándar del daño.* Recuperado de <http://gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Medidas%20Precautorias-Hacia%20un%20Estandar%20Uniforme%20de%20Dano.pdf>.

2. LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y LAS MEDIDAS CAUTELARES

La competencia se define como la «atribución, potestad, facultad de actuación», así como la «[c]ualidad que legítima de un juzgado o tribunal para conocer de un determinado asunto, con exclusión de todos los demás órganos del mismo orden jurisdiccional […]».[20]

En materia de arbitraje internacional, cuando las partes suscriben la cláusula o el acuerdo arbitral renuncian a la jurisdicción estatal, a fin de que las controversias surgidas de la relación jurídica entre ellas sean resueltas exclusivamente por árbitros.

Tenemos entonces que el acuerdo arbitral es un producto del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, y es el que le da *competencia* al tribunal arbitral, entendida esta como la potestad que lo legitima para conocer de un determinado asunto, con exclusión de los órganos jurisdiccionales.[21] En esta línea, el artículo 7 de la Ley Modelo recoge el concepto y dice: El «acuerdo de arbitraje» es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.[22]

La exclusión de los órganos jurisdiccionales tiene su excepción en ciertos supuestos, como es el caso de las medidas cautelares, pero sí es de suma importancia resaltar que para todos los países que nos sumamos a la unificación del Derecho Comercial Internacional con la adopción de la Ley Modelo,[23] *la intervención de los tribunales estatales es excepcional*, no es la regla y así lo dicta explícitamente el numeral 5 de la Ley Modelo: «En los asuntos que se rijan por la presente ley, no intervendrá ningún

20 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario del español jurídico*. Madrid: Espasa, 2016, p. 412.

21 COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional*. *Op. cit*., artículo 16.

22 *Idem*, artículo 7.

23 *Ibidem*.

tribunal (entiéndase estatal) salvo en los casos en que esta Ley así lo disponga».[24]

En arbitraje internacional, la competencia sobre la controversia la tiene en exclusiva el tribunal arbitral bajo el principio *kompetez-kompetez*, por lo que la intervención de los tribunales estatales es limitada y, además, a la luz de la Ley Modelo dicha intervención se caracteriza por ser de supervisión y de asistencia o auxilio durante el arbitraje,[25] esto último de gran relevancia para la adecuada gestión de las medidas cautelares.

Históricamente, las leyes domésticas —en general— restringían los poderes del árbitro para otorgar medidas cautelares,[26] limitación que tenía su origen en el entendimiento de que los árbitros carecían de las facultades necesarias para emitir medidas coercitivas[27] por carecer de *imperium* o *potestas*.[28] Incluso, hubo jurisdicciones en las que las medidas cautelares eran competencia exclusiva de los jueces.[29]

Dichosamente, con el pasar del tiempo han sido muchas las jurisdicciones las que abandonaron esa concepción para dar paso a una nueva interpretación, la cual consiste en que *las medidas cautelares son una*

---

24 *Idem*, artículo 5. Así también lo dispone la ley costarricense (ver Ley 8937, del 25 de mayo de 2011, Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de la Comisión Nacional de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional [CNUDMI]. Disponible en <http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=70344&nValor3=84850&strTipM=TC>).

25 COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional*. *Op. cit*., artículo 6.

26 BORN, Gary. *Op. cit*., p. 2432.

27 *Ibidem*.

28 «*potestas et imperium*
Hist. Conceptos utilizados para denominar las dos clases de poder de que disponían los magistrados republicanos en Roma, que eran uno de carácter genérico (*potestas*) y otro de carácter específico (*imperium*)». REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. «*Potestas et imperium*». En *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Recuperado de <https://dpej.rae.es/lema/potestas-et-imperium>.

29 RODRÍGUEZ-MEJÍA, Marcela. *Medidas cautelares en el proceso arbitral.* Bogotá: Editorial Externado de Colombia, 2013. Recuperado de <https://doi.org/10.4000/books.uec.279>.

extensión de los efectos legales del acuerdo arbitral y, en consecuencia, el tribunal puede y debe dictar todas aquellas que sean necesarias para la debida tramitación del proceso, la conservación de los derechos de las partes y la garantía de ejecución del laudo.

Lo dicho se origina en el entendimiento de que cuando las partes otorgan su consentimiento para someterse a la jurisdicción arbitral, lo hacen con todas las facultades para lograr el objetivo de resolver las disputas, incluyendo las medidas cautelares.[30] Estos poderes se fundamentan en la autonomía de la voluntad de las partes, que habilitan al tribunal para todo lo que concierne al procedimiento y al fondo del asunto.[31]

Hoy día se entiende que las medidas cautelares son una facultad inherente a la función de los árbitros, directamente conectada con su obligación de resolver la controversia que se somete a su conocimiento.[32] Más aún, algunos escritores consideran que incluso en ausencia expresa sobre la posibilidad del árbitro de conceder medidas cautelares debe entenderse que las partes han habilitado al tribunal arbitral con su acuerdo arbitral.[33]

Este razonamiento es congruente con el objetivo mismo del arbitraje, que busca resolver una controversia sobre una relación jurídica en particular por medio de un laudo ejecutable, todo lo cual podría ponerse en grave riesgo por la inacción del tribunal arbitral frente al pedido de una medida cautelar. Asimismo, lo dicho es coherente con la Ley Modelo y sus enmiendas del 2006, en cuyo artículo 17 se introdujo una amplia regulación sobre las medidas cautelares, como hemos visto.

---

30 GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje.* México D. F.: Porrúa, 2011, p. 693.

31 FERNÁNDEZ ROZAS, José. «Arbitraje y justicia cautelar». En *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2007, vol. XXII, p. 28. Recuperado de <https://core.ac.uk/download/pdf/19710377.pdf>.

32 GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje. Op. cit.*, p. 693.

33 *Idem*, p. 678.

Las medidas cautelares, debido a su propia naturaleza y finalidad, se pueden solicitar tanto antes de que se inicie el arbitraje (ante causa), como una vez iniciado el proceso, que es una medida dictada durante la tramitación de la causa. La medida ante causa puede ser solicitada a un juez o a un árbitro de emergencia,[34] y en la mayoría de los casos, la misma suerte corren las medidas cautelares que deben ser dictadas durante el procedimiento y antes del laudo final que, en la mayoría de las jurisdicciones, pueden ser pedidas tanto al juez como al tribunal arbitral.

3. LA JURISDICCIÓN CONCURRENTE: EL ÁRBITRO, EL JUEZ O AMBOS

No obstante lo que dispone el artículo 5 de la Ley Modelo en cuanto a la intervención excepcional de los tribunales judiciales en el arbitraje internacional, en materia de cautelares, el artículo 9 del mismo cuerpo normativo dispone claramente que las medidas pueden ser solicitadas antes o durante el transcurso del proceso arbitral, a la autoridad judicial competente o al tribunal arbitral.[35] Podemos concluir, sin temor a equivocarnos, que la Ley Modelo contiene un régimen de jurisdicción concurrente entre jueces y árbitros en materia de medidas cautelares.

Lo anterior significa que la parte tiene pleno derecho para escoger ante qué autoridad solicita la medida cautelar, al juez o al árbitro. La jurisdicción concurrente es el derecho de un litigante de escoger el tribunal en el que presentará su acción, se define como el ejercicio simultáneo por más de una autoridad sobre un mismo asunto o tema.[36] Por

---

34 GÓMEZ JENE, Miguel. *Arbitraje comercial internacional.* Madrid: Thompson Reuters (Legal) Limited, 2018, p. 330.

35 Artículo 9.- «Acuerdo de arbitraje y adopción de medidas cautelares por el tribunal
No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni que el tribunal conceda esas medidas» (cuando habla de tribunal se refiere al tribunal judicial. Disponible en <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/07-87001_ebook.pdf>).

36 «*Concurrent jurisdiction.* Jurisdiction that might be exercised simultaneously by more than one court over the same subject matter and within the same territory, a litigant having the right to choose the court in which to file the action». GARNER, Bryan. *Op. cit.*, p. 868.

ello, surgen dos interrogantes: ¿cuándo se acude al juez y cuándo al árbitro? y ¿cómo se interpretan y se administran las posibles interferencias entre las resoluciones de uno y otro? Estas son preguntas que buscamos responder.

Si utilizamos la Ley Modelo como punto de partida o fuente para responder la primera pregunta, se puede sostener que la parte acudirá al tribunal judicial cuando, por razones de tiempo, eficiencia y/o efectividad la medida que está solicitando requiere del *imperium* del que goza el juez y carece el árbitro, pues, en caso contrario, y en congruencia con la citada ley y el acuerdo arbitral, la parte puede acudir a solicitar sus medidas al árbitro de emergencia o al tribunal arbitral cuando tenga esa posibilidad. Claro está que, como es sabido, en las legislaciones y reglamentos en los que no existe la figura del árbitro de emergencia, todas las medidas ante causa tendrán que ir primero al tribunal judicial. Aquí entra parte de la segunda pregunta: ¿cómo debe tratar el tribunal arbitral esa medida otorgada en sede judicial?

Sobre este particular, si bien la Ley Modelo es expresa en cuanto a la jurisdicción concurrente para el dictado de medidas cautelares, también es expresa al disponer que la participación de la jurisdicción ordinaria debe ser excepcional. Asimismo, de una interpretación armónica de la Ley Modelo podemos decir que las intervenciones judiciales autorizadas deben der se asistencia o de control, y para el caso de medidas cautelares esa intervención judicial debe ser de asistencia (véase el artículo 6 de la Ley Modelo,[37] como complemento de lo expuesto).

---

[37] Artículo 6.- «Tribunal u otra autoridad para el cumplimiento de determinadas funciones de asistencia y supervisión durante el arbitraje.
Las funciones a que se refieren los artículos 11 3) y 4), 13 3), 14, 16 3) y 34 2) serán ejercidas por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.
La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia podrá designar a la autoridad judicial que corresponda, conforme a las normas internas de competencia, para tramitar los asuntos a los cuales se refieren los artículos 11 3) y 4), 13 3), 14, 16 3), los trámites relacionados con los artículos 17, 17A, 17B, 17C, 17D, 17E, 17F, 17G, 17H, 17I, 17J y cualquier otro asunto que considere conveniente» (Ley 8937, del 25 de mayo de 2011, Ley sobre Arbitraje Comercial

Esta tesis la podemos reforzar con lo que dispone el artículo 17.4 de la Ley Modelo, en la medida que regula todo lo relativo al reconocimiento y la ejecución de las cautelares dictadas por el tribunal arbitral, como medidas con carácter vinculante; así como el 17.I que específicamente tiene por objeto limitar la intervención judicial al mínimo con una lista taxativa de los motivos para denegar el reconocimiento o ejecución de una medida cautelar dictada por el tribunal arbitral.[38]

El espíritu de la Ley Modelo dice que la facultad primaria para otorgar las medidas cautelares la tiene el tribunal arbitral, pues es quien tiene la competencia, conoce el caso y tiene la obligación de resolver la causa, así como protegerla hasta el dictado de un laudo final que sea ejecutable.[39]

Ahora bien, para entrar en la respuesta a la segunda pregunta ¿cómo se interpretan y se administran las posibles interferencias entre las resoluciones de uno y otro, el juez y el árbitro? Hay que reconocer, primero, que la jurisdicción concurrente trae consigo el riesgo de conflictos de

Internacional basada en la Ley Modelo de la Comisión Nacional de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional [CNUDMI]. Disponible en <http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=70344&nValor3=84850&strTipM=TC>).

38 Artículo 17 H.1) de la Ley Modelo: «1) Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el tribunal competente, cualquiera que sea el Estado en donde haya sido ordenada, y a reserva de lo dispuesto en el artículo 17 I […]».; e incluso en el 17.I vemos que la norma busca limitar el número de circunstancias en la que un tribunal estatal podrá denegar una medida cautelar dictada por un tribunal arbitral (disponible en <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/07-87001_ebook.pdf>).

39 En esta línea, la Ley Modelo, en el artículo 17 de la versión 2006, regula las medidas cautelares de forma detallada: quién tiene la facultad para otorgar medidas cautelares (17.1); las condiciones para su otorgamiento (17.A); qué son las órdenes preliminares y las condiciones para su otorgamiento (17.B); el régimen aplicable a las órdenes preliminares (17.C); las disposiciones sobre modificación, suspensión, revocación, garantía y otros (17.3); así como todo lo relativo al reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares (17.4). Este último apartado refuerza la función de asistencia de los tribunales estatales, e incluso en el 17.I vemos que la norma busca limitar el número de circunstancias en la que un tribunal estatal podrá denegar una medida cautelar dictada por un tribunal arbitral. COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Op. cit.*, artículo 17.

competencia y de decisiones contradictorias.[40] Se trata de riesgos que no deberíamos tener, pero existen en la práctica, aunque veremos el caso de tres países que ya definieron con claridad el tema.

Dichos riesgos o dificultades se pueden sobrellevar solo si existe un claro entendimiento del rol que cada uno de estos actores tiene en un proceso de arbitraje comercial internacional. Al respecto, el juez inglés, Lord Mustill, hizo la analogía sobre una carrera de relevos, explicando que los jueces y los árbitros comparten competencias en diferentes etapas del procedimiento, y cita justamente el ejemplo de los jueces que inician con la decisión de medidas cautelares y una vez resueltas le ceden la competencia al tribunal arbitral cuando se encuentra instalado. En tesis de principio, sostiene, no deberían existir disputas entre jueces y árbitros.[41]

En este sentido se considera que tanto el árbitro como juez deben buscar el mejor desarrollo del proceso y, por lo tanto, respetar su ámbito de competencias. Es importante considerar

> […] que si bien no aplica una regla estricta de *non bis in idem*, sí aplica una regla de buen orden procesal reconocido en un número importante de países de conformidad con la cual, si una determinación al respecto ha sido tomada por una jurisdicción, ante la ausencia de un cambio objetivo de circunstancias, la primera decisión vincula a las partes.[42]

Lo dicho por Lord Mustill sobre compartir y alternar la jurisdicción calza a la perfección con los casos de Brasil y Perú, donde hay un traslado de competencias en lugar de una jurisdicción concurrente, o el caso de República Dominicana que, como veremos, mantiene la jurisdicción concurrente, pero dando la supremacía a la decisión del tribunal arbitral. En el resto de las jurisdicciones probablemente no hay

---

40 GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje. Op. cit*., p. 677.

41 REDFERN, Alan y Martin HUNTER. *International Arbitration.* Oxford: Oxford University Press, 2015, sexta edición, p. 418.

42 GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje. Op. cit*., p. 677. Se hace referencia a un laudo CCI.

respuesta expresa sobre cómo preceder; no obstante, si se tiene la Ley Modelo, el tribunal arbitral a la hora de resolver sobre las medidas cautelares siempre puede tomar en consideración los siguientes aspectos:

- Es el único competente para resolver la controversia mediante un laudo final.

- Tiene la obligación de proteger los derechos involucrados en el litigio.

- Tiene la obligación de entregar a las partes un laudo ejecutable.

- Tiene la obligación de proteger la causa por medio del dictado de las medidas cautelares que estime pertinentes.

- Puede solicitar al juez la colaboración, reconocimiento y ejecución de sus decisiones sobre cautelares.

No obstante lo dicho, no hemos puesto el dedo en la llaga, porque lo expuesto ayuda a los árbitros a decidir, mas no resuelve la situación de las posibles interferencias entre una jurisdicción y la otra. Por ejemplo, que una parte solicite al tribunal arbitral el levantamiento o modificación de una medida cautelar otorgada en sede judicial o cuando hay choque de decisiones. En este último caso, ¿cuál es la decisión que prevalece?

Para los árbitros, esta situación siempre será un tema de mucho cuidado, de análisis estricto en cada caso concreto, y a sabiendas que al existir jurisdicción concurrente no se puede afirmar categóricamente que el tribunal arbitral es superior del juez, ni viceversa. Esta complejidad ya ha sido reconocida en varias jurisdicciones, por ejemplo, en un caso CCI con sede Argentina y ley aplicable de Nueva York, la Cámara Nacional

de Apelaciones de lo Comercial, Sala D, resolvió el 9 de abril de 2015, que

> La posibilidad de recurrir tanto a los árbitros como a los tribunales estatales a los efectos de requerir el dictado de medidas cautelares (jurisdicción concurrente) abre la posibilidad de que las partes abusen de ella (v. gr. pidiendo la misma medida en ambas sedes o yendo a pedir a una lo que le negó la otra; (conf. Rivera, J., ob.cit., p. 391) y por eso, el análisis de la aquí pretendida […], debe efectuarse caso por caso y de acuerdo con las particulares circunstancias de cada uno […].[43]

También en Argentina encontramos un caso de la Cámara Civil, Sala B, resolución de 10 de diciembre del 2018, en el que el Ministerio Público sostuvo la tesis de que los árbitros al carecer de *imperium* no pueden dictar medidas cautelares, siendo que el tribunal expresó no compartir esa tesis afirmando que en este ámbito debe escindirse la jurisdicción prorrogada a favor del árbitro para meritar la procedencia, modalidad y forma de la medida cautelar solicitada, de modo distinto al ejercicio de la coerción que siempre está en manos de los jueces ordinarios para hacerlas cumplir. Continúa diciendo que, cuando el tribunal arbitral escogido no se ha constituido se admite, por la urgencia, que las partes puedan acudir a la jurisdicción estatal a solicitar la medida cautelar sin que ello signifique declinación de la prórroga que efectuaron las partes en la cláusula compromisoria.[44]

Los jueces de Argentina nos están dando un ejemplo claro de cómo debe interpretarse la concurrencia de jurisdicciones en países que han adoptado la Ley Modelo. No obstante, mientras no haya normativa expresa, la resolución siempre dependerá de la interpretación —menos

---

43 Argentina, Cámara Nacional de Apelaciones de lo Comercial, Sala D, del 9 de abril del 2015. Caso 36715/2014 Methanex Chile Limited c/ Petrobras Energia S.A. (Argentina) s/medida precautoria (disponible en <https://www.scribd.com/document/277271487/Methanex>).

44 Cámara Civil, Sala B, de Argentina, resolución del 10 de diciembre del 2018, caso 32212/2017 Fideicomiso Llerena Studio Aparts C/ Bouwers's s/restitucion de bienes (disponible en <https://abogados.com.ar/archivos/2018-12-16-091708-fideicomiso-llerena-studio-aparts-c-bouwers-s-s-restitucion-de-bienes.pdf>).

o más amplia— que haga el tribunal arbitral del acuerdo de arbitraje, del reglamento aplicable al procedimiento y de la ley de la sede, siempre con el riesgo de que alguna parte pudiere alegar que modificar o contrariar una medida cautelar judicial puede implicar una violación al orden público de ese país.

Ante el dilema presentado al lector, es oportuno estudiar el caso de algunas jurisdicciones que han superado esta discusión de una u otra manera. Hablamos de los casos de Brasil, Perú y República Dominicana. Las tres optaron por un régimen donde el juez tiene una participación limitada y la última palabra la tiene el tribunal arbitral, al punto de poder revocar y modificar la medida cautelar otorgada en sede judicial.

4. EL CASO DE BRASIL

El caso de Brasil es muy interesante, pues su legislación cambió en el año 2015, después de que los tribunales de justicia habían venido solucionando el conflicto de la jurisdicción concurrente por la vía de la jurisprudencia, resolviendo que el tribunal arbitral puede adoptar medidas cautelares y, además, revisar las que fueron decretadas en sede judicial.[45] La base de la legislación arbitral de Brasil es la Ley Federal 9.307/1996, modificada de forma importante por la Ley 13.129/2015 del 26 de mayo de 2015.[46] Si bien Brasil no adoptó la Ley Modelo *per se*, lo cierto es que la ley brasileña sí se ha inspirado en ella.[47]

---

45 ARBITRAJE INTERNACIONAL DE ACERIS LAW LLC. *Arbitraje en Brasil*. 1 de mayo del 2020. Recuperado de <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/arbitration-in-brazil-2/>.

46 Ley 9.307 del 23 de septiembre de 1996, incluyendo la modificación de la Ley 13.129 de 2015 (disponible en <https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2020/05/Arbitration-Brazil.pdf>).

47 ARBITRAJE INTERNACIONAL DE ACERIS LAW LLC. *Op. cit.*

Un ejemplo de lo anterior es el caso Itarumã[48] del año 2011, en el que el Tribunal Superior de Justicia de Brasil (en adelante, TSJ) resolvió que el tribunal arbitral tiene facultades para disponer y revisar medidas cautelares otorgadas en sede judicial. El caso es muy interesante, Itamurã Participações S. A. celebró un acuerdo de asociación conjunta o *joint venture* con Participações em Complexos Bioenergéticos S. A. (PCBIOS) para construir e implementar un proyecto de producción de combustible a través de una empresa constituida como Complexo Bioenergético Itarumã (CBIO). PCBIOS consideró que existieron incumplimientos contractuales y solicitó una medida cautelar a un tribunal de primera instancia brasileño para suspender sus propios derechos y obligaciones como accionista de CBIO, argumentando que era una medida necesaria para garantizar la efectividad de un futuro laudo en procedimientos arbitrales aún por iniciar.

El TSJ denegó la solicitud de PCBIOS y esta apeló la decisión ante la Corte de Apelaciones de Río de Janeiro. Antes de la sentencia de la apelación, las partes ya habían firmado los términos de referencia del arbitraje y designado el tribunal. Itarumã, por su parte, argumentó que la solicitud de medida provisional estaba sujeta a la jurisdicción exclusiva del tribunal arbitral y que debía desestimarse la apelación.

De una manera muy franca, la Corte de Apelaciones resolvió que: (i) la jurisdicción del tribunal arbitral para conocer sobre medidas urgentes surge de la voluntad de las partes, razón por la que la jurisdicción del juez para conocer de las medidas cautelares es precaria y no se extiende; (ii) la cautelar no debió dictarse en sede judicial porque el tribunal arbitral ya estaba constituido; y (iii) la medida otorgada en

[48] Caso Itarumã Participações S. A. vs. Participações em Complexos Bioenergéticos S. A. (caso n.° 1,297,974-RJ). Tribunal Superior de Justicia - Apelaciones Especiales (2011): REsp 1297974 RJ 2011/0240991-9 (disponible en <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865743089/recurso-especial-resp-1297974-rj-2011-0240991-9/inteiro-teor-865743106?ref=feed>). Este caso fue compartido por el profesor y árbitro internacional Eduardo Zuleta.

sede judicial está sujeta a la ratificación del tribunal arbitral, so pena de perder su eficacia.[49]

Siguiendo esta misma línea de pensamiento, cuatro años después, la ley de arbitraje brasileña en su artículo 22,[50] dispuso lo siguiente (se disgrega el contenido para obtener mayor claridad):

- Las partes pueden acudir al Poder Judicial para el otorgamiento de una medida cautelar o urgente.

- La medida cautelar o de emergencia deja de ser efectiva si el interesado no solicita el arbitraje dentro el plazo de treinta (30) días contador a partir de la vigencia de la decisión.

- Una vez constituido el arbitraje, corresponderá a los árbitros mantener, modificar o revocar la medida cautelar o urgente otorgada por el juez.

- Una vez instituido el arbitraje, se solicitará directamente a los árbitros la orden cautelar o medida de emergencia.

---

49 Tribunal Superior de Justicia - Apelaciones Especiales (2011): REsp 1297974 RJ 2011/0240991-9 (disponible en <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865743089/recurso-especial-resp-1297974-rj-2011-0240991-9/inteiro-teor-865743106?ref=feed>).

50 Art. 22-A.- «Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência
Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão».
Art. 22-B.- «Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário
Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros».
Presidência da República (s.f.) Dispõe sobre a arbitragem (disponible en <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>).

Esta norma deja muy claro que cuando de medidas cautelares se trata en Brasil no hay jurisdicción concurrente, sino un régimen de jurisdicción alternada en la que el juez actúa como un auxiliar de la justicia en sede arbitral. Hay un traslado de la competencia del juez que ha dictado una medida ante causa al tribunal arbitral, quien una vez constituido pasa a ser el único competente para resolver sobre todo tipo de medidas cautelares. Asimismo, el tribunal arbitral podrá mantener, modificar o revocar la orden judicial. Para el caso que una parte no cumpla, el tribunal arbitral podrá pedir la asistencia del juez para lograr la ejecución de la medida; nuevamente, hay una labor de auxilio y asistencia.

5. EL CASO DE PERÚ

La legislación en Perú es muy similar a la brasileña vista en el apartado anterior, en el sentido de que no se crea una jurisdicción concurrente en sentido estricto, sino de auxilio y colaboración por parte del Poder Judicial para tratar las medidas cautelares, manteniendo en las manos del tribunal arbitral la competencia especial sobre el caso y las cautelares. El juez actúa a falta del tribunal arbitral o con autorización previa de este; y la cautelar que se dicte en sede judicial podrá ser mantenida, modificada o revocada por los árbitros.

El Decreto Legislativo n.º 1071,[51] del 1 de septiembre de 2008, se inspira en la Ley Modelo y contempla la facultad del tribunal arbitral de dictar medidas cautelares que tengan como función proteger el «monopolio jurisdiccional» que se otorga a los árbitros cuando las partes deciden someter su diferencia a arbitraje, lo que algunos autores llaman

[51] Decreto Legislativo n.° 1071 del 1 de septiembre de 2008 (disponible en <https://www.gob.pe/institucion/osce/normas-legales/308659-1071>. En la versión utilizada para preparar este artículo se están considerando la reforma legal incluida en Decreto de Urgencia n.° 020-2020, puede consultarse en el siguiente enlace <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-de-urgencia-que-modifica-el-decreto-legislativo-n-1-decreto-de-urgencia-n-020-2020-1848882-4/> y un análisis de sus principales reformas se puede consultar en <https://ciarglobal.com/comentarios-y-criticas-al-du-20-2020-que-modifica-la-ley-de-arbitraje/>).

también medidas antiproceso.[52] Esto con la intención de evitar procesos paralelos en ambas jurisdicciones, o bien que se emitan decisiones contradictorias.[53]

El régimen de medidas cautelares en el arbitraje internacional en Perú encuentra su base legal en el artículo 47 de la Ley de Arbitraje peruana, que busca «impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral».[54]

El citado artículo contiene las siguientes regulaciones que pasamos a explicar, cuyo contenido se divide en secciones buscando dar mayor claridad al lector:[55]

---

52 El profeso Reggiardo cataloga así a las medidas que «descartando que la parte que recurra a otra jurisdicción pueda verse beneficiada de este escenario y obtenga una decisión contradictoria de esta otra jurisdicción. De esa manera, el tribunal está en capacidad de proteger además el monopolio jurisdiccional que le fue otorgado por las partes en su cláusula arbitral». REGGIARDO SAAVEDRA, Mario. «Las medidas anti-proceso en el arbitraje peruano». En *Thēmis*, enero-junio 2020, n.° 77, pp. 233. Recuperado de <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwi0gKH37-b0AhWrRjABHTwHBScQFnoECAMQAw&url=https%3A%2F%2Frevistas.pucp.edu.pe%2Findex.php%2Fthemis%2Farticle%2Fdownload%2F23483%2F22461%2F&usg=AOvVaw1ud6Izaey4eGiPXWDu1ogH>.

53 *Idem*, p. 236.

54 *Ibidem*.

55 Artículo 47.- «Medidas cautelares.
[…]
4. Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. Ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez (10) días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Si no lo hace dentro de este plazo o habiendo cumplido con hacerlo, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa (90) días de dictada la medida, esta caduca de pleno derecho.
5. Constituido el tribunal arbitral, cualquiera de las partes puede informar a la autoridad judicial de este hecho y pedir la remisión al tribunal del expediente del proceso cautelar. La autoridad judicial está obligada, bajo responsabilidad, a remitirlo en el estado en que se encuentre, sin perjuicio de que cualquiera de las partes pueda presentar al tribunal arbitral copia de los actuados del proceso cautelar. La demora de la autoridad judicial en la remisión no impide al tribunal arbitral pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, dictada o impugnada. En este último caso, el tribunal arbitral tramitará la apelación interpuesta bajo los términos de una reconsideración contra la medida cautelar.

- La medida cautelar se puede solicitar ante el juez antes de la constitución del tribunal arbitral, *ergo* no se puede solicitar después de constituido, pero sí se puede haber iniciado el arbitraje.

- Cuando el juez ejecuta la medida, la parte beneficiada tiene un plazo de diez días para iniciar el arbitraje y el tribunal debe estar constituido a más tardar noventa días después de dictada la medida, so pena de que esta caduque de pleno derecho.

- Constituido el tribunal arbitral, este asume la competencia sobre las medidas cautelares y las partes de informarán al juez ese hecho para que de inmediato remita el expediente cautelar judicial en el estado en que se encuentre.

- Si hay demora en el traslado del expediente el tribunal arbitral puede pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, dictada o impugnada con copias del expediente que le aporte alguna de las partes. Si el proceso estaba en trámite de una apelación, el tribunal arbitral la resolverá como una reconsideración en contra de la medida cautelar. Importante resaltar que en sede arbitral el tribunal siempre dará traslado a ambas partes sobre la solicitud, salvo casos excepcionales.

---

6. El tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado, *así como las medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial*, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes. Esta decisión podrá ser adoptada por el tribunal arbitral, ya sea a iniciativa de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a ellas.

7. El tribunal arbitral podrá exigir a cualquiera de las partes que dé a conocer, sin demora, todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que la medida se solicitara o dictara.

8. El solicitante de una medida cautelar será responsable de los costos y de los daños y perjuicios que dicha medida ocasione a alguna de las partes, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso, no debería haberse otorgado la medida. En ese caso, el tribunal arbitral podrá condenar al solicitante, en cualquier momento de las actuaciones, al pago de los costos y de los daños y perjuicios.

9. En el arbitraje internacional, las partes durante el transcurso de las actuaciones pueden también solicitar a la autoridad judicial competente, previa autorización del tribunal arbitral, la adopción de las medidas cautelares que estimen convenientes. […]». (El resaltado no pertenece al original)

- La norma dice expresamente que el tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado la autoridad judicial, incluso cuando se trate de decisiones firmes. Lo anterior se puede hacer por solicitud de parte, pero también, aunque me informaron que es poco utilizado,[56] se puede hacer de oficio cuando hay circunstancias excepcionales.

- El tribunal arbitral puede ordenar a las partes que informen sobre cualquier cambio de las circunstancias que motivaron la medida cautelar, puede pedir renovaciones de las garantías, etc.

- El solicitante de una medida cautelar será responsable de los costos y de los daños y perjuicios que dicha medida ocasione a alguna de las partes, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que en las circunstancias del caso no debería haberse otorgado la medida.

- En el arbitraje internacional, las partes, durante el transcurso de las actuaciones, pueden también solicitar a la autoridad judicial competente, previa autorización del tribunal arbitral, la adopción de las medidas cautelares que estimen convenientes.

Queda claro que en Perú, al igual que en Brasil, existe lo que podemos llamar una jurisdicción concurrente colaborativa. El juez tiene potestades para dictar las medidas antes de que se constituya el tribunal, pero una vez instalado este último asume la competencia, al punto que para solicitar una medida judicial durante el proceso será necesaria una autorización del tribunal arbitral. Por último, y con respecto a Perú, vale resaltar que la ley dotó al árbitro de la posibilidad de solicitar él mismo la ejecución de sus propias medidas cautelares.[57]

---

56 Comunicación personal con Carlos Soto Coaguila del 4 de diciembre de 2021.

57 Decreto Legislativo n.° 1071, artículo 48.

En Iberoamérica tenemos otros países cuya normativa arbitral zanja posibles conflictos de competencia y regula cómo debe un tribunal arbitral enfrentar las solicitudes de otorgamiento, modificación o extinción de medidas cautelares, tanto las otorgadas en sede arbitral, como las concedidas en sede judicial.

6. EL CASO DE REPÚBLICA DOMINICANA

La legislación dominicana también considera que la intervención judicial en los procesos arbitrales es limitada. En este sentido, en el artículo 8 de la citada ley se dispone que: «[e]n los asuntos que se rijan por la presente ley, no intervendrá tribunal judicial alguno, salvo en los casos en que esta ley así lo disponga».[58]

El caso de República Dominicana es muy interesante porque al adoptar la Ley Modelo en el año 2008,[59] los expertos del país se inclinaron por no incorporar las enmiendas del 2006; no obstante, optaron por tener una jurisdicción concurrente en la que el juez puede otorgar medidas cautelares ante causa y durante la tramitación del proceso. Este país tiene la particularidad de que se regula expresamente la potestad el tribunal arbitral para suspender o levantar las medidas ordenadas por el juez, siendo esta decisión vinculante, por lo que prevalecerá sobre la del juez.[60] De esta forma, el artículo 13 de la Ley[61] indica lo siguiente:

---

58 Ley 489-08 sobre Arbitraje Comercial del 30 de diciembre de 2008, artículo 8 (disponible en <https://www.mt.gob.do/images/docs/ley489-08.pdf>).

59 El 30 de diciembre del 2008 entró en vigencia la Ley 489-08 sobre Arbitraje Comercial de República Dominicana.

60 Comunicación personal con María Peña Rodríguez del 29 de noviembre de 2021.

61 Artículo 13.- «Acuerdo de Arbitraje y Adopción de Medidas Provisionales por un Tribunal Judicial
No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal del orden judicial, la adopción de medidas cautelares ni que el tribunal conceda esas medidas, sin perjuicio de la facultad reconocida al tribunal arbitral de ordenar tales medidas de conformidad con las reglas establecidas en el Artículo 21. En caso de que el tribunal del orden judicial las acuerde, debe requerir del solicitante la presentación de la demanda por ante la jurisdicción arbitral, en un plazo no mayor de sesenta (60) días de la fecha en que emita la autorización correspondiente.

- Las medidas provisionales se pueden solicitar ante el juez o el árbitro, con anterioridad o durante la tramitación del proceso arbitral.

- Cuando el juez conceda una medida le debe requerir al solicitante la presentación de la demanda arbitral en un plazo no mayor de sesenta días (60) contados desde el otorgamiento de la cautelar.

- El tribunal arbitral podrá ordenar la suspensión o levantamiento de las medidas ordenadas por el juez, y la decisión del tribunal deberá ser reconocida e imponerse.

Vemos como, ambas autoridades pueden otorgar medidas cautelares, pero prevalecerá siempre lo que disponga el tribunal arbitral. Con lo anterior, si bien puede haber decisiones contradictorias se pone el acento en la seguridad jurídica al dar la última palabra al árbitro.

El tribunal del orden judicial podrá requerir la prestación de fianza. *En caso de que una decisión del tribunal arbitral ya constituido ordene la suspensión o levantamiento de las medidas ordenadas por el tribunal del orden judicial, la decisión del tribunal arbitral deberá ser reconocida e imponerse*». (El resaltado no pertenece al original)

Por su parte:

Artículo 21.- «Facultad del Tribunal Arbitral de Ordenar Medidas Provisionales Cautelares

1) Salvo acuerdo contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias, con respecto al objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir al solicitante una garantía apropiada, en conexión con esas medidas.

2) A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les son aplicables las normas sobre anulación y ejecución forzosa de los laudos. Sin embargo, el Juez de los Referimientos no tendrá competencia para suspender decisiones arbitrales de este tipo.

3) El tribunal arbitral, si lo estima conveniente, puede hacer que la parte contra quien se solicita la medida comparezca por ante él. En ese caso, podrá ordenar a este que se abstenga de realizar cualquier acción que pueda afectar su patrimonio o el asunto objeto de arbitraje. La violación a esta orden podrá resultar en daños y perjuicios.

4) Los oficiales públicos encargados de ejecutar o registrar una medida cautelar ordenada con arreglo a lo establecido por la presente ley, deberán hacerlo contra la presentación de un laudo dictado y reconocido en la forma establecida en la misma».

7. CONCLUSIONES

7.1. ¿Cuándo se acude al juez y cuándo al árbitro?

En los países que adoptaron la Ley Modelo, las medidas cautelares podrán solicitarse indistintamente al árbitro o al juez, es un terreno en el que hay una jurisdicción concurrente.

El escenario ideal para el arbitraje internacional, en razón de que encaja con la lógica de todo proceso decisorio, es que las partes acudan al árbitro para el dictado de las medidas cautelares que estimen necesitar en protección de sus derechos, ideal porque el espíritu de la Ley Modelo es que sea el tribunal que conocerá el mérito del asunto el que dicte las medidas cautelares, pues es el que estudia el caso y puede hacer una adecuada ponderación de los intereses de ambas partes a fin de otorgar o denegar las medidas. En esta misma línea, cuando las reglas lo permiten, el ideal es acudir al árbitro de emergencia para las medidas ante causa, pues está regulado que lo resuelto por el árbitro de emergencia puede ser revisado y modificado por el tribunal arbitral.

La situación se torna compleja cuando ante falta de árbitro de emergencia o por decisión de la parte (lo cual es válido) se acude al juez para solicitar las medidas cautelares ante causa y/o durante el proceso y, posteriormente, alguna de las partes solicita al tribunal arbitral la revisión de esa medida cautelar judicial. Ante la situación planteada, y dependiendo de cómo se haya formulado esa solicitud, el tribunal arbitral podrá resolver sin reparos o con extrema cautela para que la decisión que tome no se caiga en se interprete como una extralimitación de sus potestades. Pensemos en escenarios donde el árbitro no tenga norma expresa que lo habilite para ello y decida que revocar una medida cautelar judicial: ¿qué efectos puede tener esta decisión en la fase de control del laudo?

Por su parte, en los ejemplos de Brasil, Perú y República Dominicana,[62] la ley de arbitraje dispone expresamente cuándo acudir a uno u otro, se regula con claridad la división de competencias entre jueces y árbitros. Además, regula que el tribunal arbitral es el que debe determinar la procedencia de todas las medidas cautelares, haciendo énfasis en que su potestad alcanza para aprobar o desaprobar las medidas otorgadas en sede judicial. República Dominicana mantiene un régimen de jurisdicción concurrente, mientras que Perú y Brasil regulan un traslado de competencias.

7.2. ¿Cómo se interpretan y se administran las posibles interferencias entre las resoluciones de uno y otro?

En respuesta es esta segunda interrogante quisiéramos decir que no debe haber interferencias entre las resoluciones del juez y las del árbitro o viceversa, esto sobre la base del principio de que la labor del juez sobre las medidas cautelares o precautorias en arbitraje comercial internacional es una labor de asistencia y auxilio al arbitraje. En consecuencia, el juez debe ser muy cauteloso al conceder las medidas o denegarlas, y en el mejor de los escenarios que su medida deje la puerta abierta para la posterior revisión o modificación por parte del tribunal arbitral en virtud de que es este último quien domina el fondo del asunto y quien tiene la responsabilidad de entregar un laudo ejecutable a las partes.

Por su parte, la decisión tomada por la ley en las tres jurisdicciones estudiadas solucionó la problemática que se genera con la jurisdicción concurrente, particularmente para todas las medidas ante causa. Algunos podrían argumentar que limitar al juez para dictar cautelares durante la tramitación del proceso podría agraviar a las partes por cuestiones prácticas de tiempo y de coercitividad de las medidas. No obstante, las

---

62 Aclaramos que estas son las legislaciones a las que pudimos tener acceso para la redacción de este breve artículo, pero hacemos un llamado a todos los lectores para que se comuniquen con la autora a fin de nutrir esta investigación e incluir el nuestro análisis el caso de muchos otros países al correo electrónico <ahulbert@hulbertvolio.com>.

soluciones vistas parecen ser adecuadas ante la problemática que enfrenta el tribunal arbitral cuando la parte pide la revocatoria de una medida judicial, especialmente, cuando la parte no formula bien su petición o cuando intencionalmente pretende enfrentar al árbitro con el juez.

Podemos, entonces, concluir que las medidas cautelares tienen como objetivo último preservar y asegurar la eficacia del laudo final. Esta es una potestad y facultad que le corresponde esencialmente al tribunal arbitral, cuya decisión resolverá en definitiva la disputa entre las partes y, por ello, debe preservarse. Este es el objetivo final de todas las medidas cautelares, que puede implicar preservar cosas, preservar bienes, situaciones, etc., pero en todos los casos es para garantizar esa eficacia.

En este panorama, la jurisdicción concurrente reconocida, y que nadie puede negar cuando está así establecida en la legislación de un país, mantiene la potestad del juez de conceder medidas cautelares antes y durante el arbitraje. No obstante, esos tribunales judiciales no dejan de ser una jurisdicción de asistencia que es justamente la función que tienen antes y durante el desarrollo del proceso arbitral. Esto nos permite entender la concurrencia con un sentido y un límite que no deberían afectar nunca la facultad primaria y obligación del tribunal arbitral de ser el único guardián de su decisión final.

Rescatamos del estudio hecho que una solución viable para evitar los conflictos estudiados bien puede estar en las manos de los propios jueces, quienes por medio de una jurisprudencia integradora pueden dar el apoyo al arbitraje internacional aclarando que su intervención es excepcional y que su función es de asistencia, tal cual lo cual vimos en las sentencias citadas de Brasil y Argentina.

No obstante, como se advirtió desde el inicio, este estudio no pretende ser conclusivo, sino más bien poner el tema sobre la mesa para promover su desarrollo. Cerramos diciendo que la investigación ha sido

más que apasionante y que esperamos la colaboración de los lectores para lograr un estudio más amplio del tema, incorporando nuevas jurisdicciones.

8. BIBLIOGRAFÍA

ARBITRAJE INTERNACIONAL DE ACERIS LAW LLC. *Arbitraje en Brasil*. 1 de mayo del 2020. Recuperado de <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/arbitration-in-brazil-2/>.

BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Londres: Wolters Kluwer Law and Business, 2012.

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional*. 2006. Recuperado de <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/07-87001_ebook.pdf>.

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. *Situación actual Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006*. Recuperado de <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status>.

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. *Uncitral 2012 Digest of Case La won the model Law on International Commercial Arbitration*. United Nations, New York. 2012. Recuperado de <www.uncitral.org>.

DUARTE, Herman. *¿Pueden los árbitros dictar medidas cautelares? El caso de Costa Rica*. Recuperado de

<https://www.academia.edu/35477969/Medidas_cauterales_en_arbitraje_internacional_en_Costa_Rica?email_work_card=title>.

FERNÁNDEZ ROZAS, José. «Arbitraje y justicia cautelar». En *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2007, vol. XXII, pp. 23-60. Recuperado de <https://core.ac.uk/download/pdf/19710377.pdf>.

GARNER, Bryan. *Black's Law Dictionary*. West Publication Co. Estados Unidos de América, 2004.

GÓMEZ JENE, Miguel. *Arbitraje comercial internacional*. Madrid: Thompson Reuters (Legal) Limited, 2018.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. México D. F.: Porrúa, 2011.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Medidas precautorias como garantía de efectividad del arbitraje*. Recuperado de <http://gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Medidas%20Precautorias%20como%20Garantia%20U%20Chile.pdf>.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Medidas precautorias en arbitraje: hacia un mejor estándar del daño*. Recuperado de <http://gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Medidas%20Precautorias-Hacia%20un%20Estandar%20Uniforme%20de%20Dano.pdf>.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario del español jurídico*. Madrid: Espasa, 2016.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. «*Imperium*». En *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Recuperado de <https://dpej.rae.es/lema/imperium>.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. «Medida cautelar». En *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Recuperado de <https://dpej.rae.es/lema/medida-cautelar>.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. «*Potestas et imperium*». En *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Recuperado de <https://dpej.rae.es/lema/potestas-et-imperium>.

REDFERN, Alan y Martin HUNTER. *International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2015, sexta edición.

REGGIARDO SAAVEDRA, Mario. «Las medidas anti-proceso en el arbitraje peruano». En *Thēmis*, enero-junio 2020, n.° 77, pp. 233-252. Recuperado de <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwi0gKH37-b0AhWrRjABHTwHBScQFnoECAMQAw&url=https%3A%2F%2Frevistas.pucp.edu.pe%2Findex.php%2Fthemis%2Farticle%2Fdownload%2F23483%2F22461%2F&usg=AOvVaw1ud6Izaey4eGiPXWDu1ogH>.

RODRÍGUEZ-MEJÍA, Marcela. *Medidas cautelares en el proceso arbitral*. Bogotá: Editorial Externado de Colombia, 2013. Recuperado de <https://doi.org/10.4000/books.uec.279>.

SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. «Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional». En *R.E.D.I.*, 2009, vol. LXI, pp. 39-74.

.

EJECUCIÓN DE LAUDOS: ¿ES EL ARBITRAJE EFICAZ EN EL PERÚ?

Angela Cámara Chumbes [*]

Sumario: 1. ¿Arbitrar? Sí, pero de manera eficaz.— 2. Ejecución judicial de laudos: tomando conciencia de los problemas.— 2.1. Casos de (no) ejecución judicial de laudos: ¿cuándo tenemos un título ejecutivo?— 2.2. Demoras en el trámite y una regulación poco clara de los recursos que se admiten en la ejecución judicial.— 2.3. La ejecución judicial de laudos contra el Estado.— 3. La ejecución arbitral de laudos: ¿una alternativa viable y mejor?— 3.1. La ejecución arbitral para evitar los problemas detectados en la ejecución judicial.— 3.2. Si es una mejor alternativa, ¿por qué no se ejecutan arbitralmente los laudos?— 4. Buscando soluciones desde todos los frentes.— 5. Conclusiones.— 6. Bibliografía.

1. ¿ARBITRAR? SÍ, PERO DE MANERA EFICAZ

Arbitrar, en el Perú, se ha convertido en una alternativa atractiva frente a la resolución de conflictos ante el Poder Judicial, en el que los jueces batallan contra las ineficiencias de un sistema de justicia que desde hace muchos años necesita una reforma «urgente».

[*] Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Candidata a magíster en la Maestría de Regulación de Servicios Públicos y Gestión de Infraestructuras en la Universidad del Pacífico, con estudios de especialización por The Center for American and International Law y en Arbitraje Internacional y de Inversiones por la Universidad del Pacífico y American University. Asociada principal del Área de Solución de Controversias del Estudio Echecopar asociado a Baker & McKenzie.

La posibilidad de solucionar controversias rápidamente y por parte de profesionales especializados elegidos por las partes ha repercutido de manera favorable en el desarrollo económico del país, creando confianza en inversionistas nacionales y extranjeros que saben que contarán en el Perú con un «mecanismo rápido, especializado y seguro de solución de controversias».[1] Queremos arbitrar y contamos con elementos que coadyuvan a que el arbitraje funcione,[2] pero ¿nos hemos detenido a evaluar si estamos arbitrando de manera eficaz?

Decimos que algo tiene «eficacia» cuando tiene la 'capacidad de lograr el efecto que se desea o espera'.[3] En el caso del arbitraje, las partes pactan dicho mecanismo para solucionar controversias de manera definitiva y rápida, por lo que solo podremos afirmar que es eficaz si cumple ese objetivo. Para que sea así, creemos que es indispensable que los laudos sean cumplidos en forma y oportunidad debidas.

Esta preocupación no es trivial. Respecto de la actividad jurisdiccional, el artículo 139 numeral 3 de la Constitución Política del Perú establece como parte de sus «principios y derechos»: «La observancia del debido proceso y la *tutela jurisdiccional*» (el énfasis es nuestro) y aunque

---

1 BULLARD, Alfredo. «Perú: El arbitraje peruano es una historia de éxito». En *El Comercio*, el 22 de agosto de 2015. Recuperado de < https://www.elcato.org/peru-el-arbitraje-peruano-es-una-historia-de-exito>: «Buena parte de la inversión y el desarrollo económico del país se ha podido dar porque los inversionistas han encontrado en el arbitraje un mecanismo rápido, especializado y seguro de solución de controversias frente al deficiente Poder Judicial».

2 Entre ellos: (i) la Constitución peruana reconoce el fuero arbitral; (ii) el Perú es uno de los países en los que más se arbitra, lo que ha sido impulsado por la decisión legislativa de incluir desde 1998 una cláusula de arbitraje obligatoria en todos los contratos celebrados al amparo de la Ley de Contrataciones del Estado. Salvo por contadas excepciones previstas en la ley, las controversias derivadas de tales contratos se arbitran. Los contratos de concesiones otorgadas por el Estado también incluyen cláusulas arbitrales; (iii) la Ley de Arbitraje peruana es una ley moderna, que no tiene nada que envidiar a otras legislaciones en la misma materia; y, (iv) el Perú ha ratificado importantes tratados en materia de arbitraje, como la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras y la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial suscrita en Panamá, etc. No negamos que algunas recientes medidas legislativas, como el Decreto de Urgencia n.° 20-2020, han significado un retroceso, pero en términos generales se arbitra en una gran proporción y contamos con una legislación adecuada.

3 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. «Eficacia». En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado de <https://dle.rae.es/eficacia>.

no lo diga expresamente, existe consenso en que la «tutela jurisdiccional que no es efectiva, no es tutela». Por ello nos referimos al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, en donde «La efectividad [busca que[la tutela jurisdiccional de los derechos que se brinda a través del proceso sea adecuada (o idónea) y oportuna. […] si la tutela jurisdiccional no es adecuada ni idónea no es efectiva, y si no es efectiva, señala el profesor Andrea Proto Pisani, simplemente, "no es"».[4]

Como explica Priori,[5] la oportunidad está referida al momento en el que debe darse esa respuesta jurisdiccional, la cual debe estar en capacidad de responder en el momento en el que el derecho material lo requiera, sea de modo provisional o definitivo. Asimismo, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva implica el derecho a la realización plena de los efectos de las resoluciones judiciales, es decir, que las resoluciones puedan ser ejecutadas y cumplidas. Así, las partes tienen «el derecho […] a que lo decidido por el órgano jurisdiccional sea cumplido»[6] y lo sea de manera oportuna, tal como se encuentra reconocido en distintas normas[7] y por el propio Tribunal Constitucional.[8]

En el Perú se considera que el arbitraje es de naturaleza jurisdiccional,[9] por lo que lo señalado es de plena aplicación. Y aun si no lo fuera, existen poderosas razones para procurar su efectividad: (i) nos encontramos en un Estado social y democrático de derecho en el que se ha reconocido la eficacia de los derechos fundamentales frente al Estado (eficacia vertical) y los particulares (eficacia horizontal),[10] por lo que el

4 PRIORI, Giovanni. «Del derecho de acción a la efectiva tutela jurisdiccional de los derechos». En *Ius Et Veritas*, 2014, n.° 49, p. 158.

5 *Idem*, pp. 159-160.

6 PRIORI, Giovanni. «La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso». En *Ius Et Veritas*, 2003, n.° 13, p. 290.

7 Artículo 139 numeral 2 de la Constitución Política del Perú y artículo 4 del Código Procesal Constitucional.

8 Fundamentos jurídicos 13 al 15 de la STC Exp. n.° 0197-2010-AA; fundamentos jurídicos 17 al 20 de la STC Exp. n.° 4080-2004-AC/TC, entre otros.

9 STC Exp. n.° 6167-2005-PHC/TC.

10 Fundamento jurídico 5 de la STC Exp. n.° 3621-2005-PA/TC.

respeto y aplicación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es plenamente exigible, claro está, siempre que sea compatible con el arbitraje;[11] y, (ii) es una situación deseable si pretendemos que el arbitraje siga expandiéndose y promoviendo el desarrollo del país.

Por ello, es imprescindible cuestionarnos si el arbitraje está siendo eficaz en el Perú y velar por que así lo sea. Nuestra legislación arbitral ya ha dado el primer paso al reconocer que el laudo arbitral es «definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes» y que «produce efectos de cosa juzgada»,[12] con lo cual no hay discusión en que los laudos deben ser ejecutados; sin embargo, esto no asegura que en la práctica lo sean y menos que lo sean en la oportunidad debida.

No existen estadísticas claras que nos permitan saber en qué medida esto está sucediendo;[13] sin embargo, como veremos a continuación, aún encontramos casos —y no son pocos— de laudos emitidos en Perú[14] que terminan siendo inejecutables en algún extremo o si son ejecutados, lo son después de atravesar una serie de dificultades. A través de este trabajo buscamos identificar los problemas más frecuentes y evaluar alternativas de solución.

---

11 «Si aplicamos el concepto de debido proceso (tutela procesal efectiva) en el ámbito arbitral, podemos afirmar que tendrá características propias», ARRARTE, Ana María. «Apuntes sobre el debido proceso en el arbitraje: la anulación de laudo y el proceso de amparo». En *Ius et Veritas*, 2007, n.° 35, p. 88. La autora explica que solo ciertos derechos conforman el debido proceso arbitral, por lo que deberían ser garantizados en un arbitraje.

12 Artículo 59, numerales 1 y 2 del Decreto Legislativo n.° 1071, Ley de Arbitraje.

13 El acceso a jurisprudencia no es el óptimo. Si bien la página web del Poder Judicial tiene secciones sobre jurisprudencia de salas comerciales en materia de anulación y ejecución de laudos arbitrales, la información es aún bastante limitada. Sería de mucha utilidad que se cuelguen todas o la mayoría de las sentencias emitidas e ir actualizando esta información para conocer plenamente sus criterios.

14 No abordamos en este trabajo la ejecución de laudos emitidos en el extranjero, cuyo reconocimiento y ejecución tienen consideraciones especiales; sin embargo, en la medida que sea ejecutado ante el Poder Judicial peruano resultará útil –para esa etapa– conocer los criterios que los jueces toman en cuenta al ejecutar un laudo.

2. EJECUCIÓN JUDICIAL DE LAUDOS: TOMANDO CONCIENCIA DE LOS PROBLEMAS

Lo usual es ejecutar judicialmente los laudos. La posibilidad de solicitar la ejecución judicial se encuentra reconocida en el artículo 59 de la Ley de Arbitraje, en caso la parte obligada no cumpla lo ordenado en la forma y plazos establecidos o, en su defecto, dentro de los quince días de notificada con el laudo.

El artículo 68 de la Ley de Arbitraje lo regula estableciendo lo siguiente: (i) la parte interesada puede solicitar la ejecución acompañando copia del laudo y sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones y, en su caso, de las actuaciones de ejecución efectuadas por el tribunal; (ii) por el solo mérito de estos documentos, la autoridad judicial debe dictar mandato de ejecución para que la parte ejecutada cumpla la obligación dentro de un plazo de cinco días, bajo apercibimiento de ejecución forzada; (iii) el ejecutado solo puede oponerse si acredita el cumplimiento o suspensión de la obligación;[15] (iv) en caso de oposición se confiere traslado al ejecutante por cinco días y vencido este plazo se resuelve la oposición en los cinco días siguientes; (v) la resolución que declara fundada la oposición es apelable con efecto suspensivo;[16] y , (vi) en general, la autoridad está prohibida, bajo responsabilidad, de admitir recursos que entorpezcan la ejecución del laudo.

Parece un proceso bastante expeditivo y con limitadas posibilidades de oposición frente al pedido de ejecución; sin embargo, en la práctica se pueden presentar problemas.

---

15 Se refiere a la garantía de cumplimiento regulada en el artículo 66 de la Ley de Arbitraje, que la parte que inicia un proceso de anulación de laudo puede presentar para suspender sus efectos.

16 Es decir, durante el trámite de la apelación se suspenden los efectos de la resolución impugnada.

2.1. Casos de (no) ejecución judicial de laudos: ¿cuándo tenemos un título ejecutivo?

Al encontrarnos en un escenario judicial, indefectiblemente también serán aplicables normas del Código Procesal Civil peruano y los criterios que los magistrados tienen en esta materia. Un primer aspecto será la determinación de un título ejecutivo a la luz de los requisitos establecidos en el artículo 689 del Código Procesal Civil,[17] lo que también podrá ser invocado por el ejecutado al formular contradicción. Este es un criterio consistentemente aplicado por los jueces, tal como lo revelan las conclusiones del Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial[18] y del Pleno Jurisdiccional Regional Comercial[19] adoptados en junio de 2015 y octubre de 2016, respectivamente, en la ciudad de Lima.

Lo que evaluarán es la existencia de una obligación cierta, expresa y exigible, y si se trata de una obligación de dar suma de dinero, que sea

---

17 Artículo 689.- «Procede la ejecución cuando la obligación contenida en el título es cierta, expresa y exigible. Cuando la obligación es de dar suma de dinero, debe ser, además, líquida o liquidable mediante operación aritmética».

18 En dicho pleno, la conclusión del segundo tema «Laudo como título ejecutivo» fue la siguiente: «La calificación de un laudo arbitral como un título ejecutivo debe efectuarse verificando que de los documentos presentados (copia del laudo y de sus rectificaciones, interpretaciones y exclusiones y, en su caso, de las actuaciones de ejecución efectuadas por el tribunal arbitral), se desprenda que la obligación declarada en el laudo y cuyo cumplimiento se pretende en sede judicial sea cierta, expresa y exigible y, en su caso, líquida o liquidable tratándose de dar sumas de dinero. No puede impedirse que la parte ejecutada alegue el incumplimiento de los requisitos comunes de procedibilidad de una ejecución, a que se refiere el artículo 689 del Código Procesal Civil, pero esto debe efectuarse únicamente a partir de lo laudado, sin reabrir la controversia que fue objeto de arbitraje».

19 El cuarto tema fue el de «La calificación del laudo como título ejecutivo y los medios de defensa». La conclusión fue la siguiente: «La calificación de un laudo arbitral como un título ejecutivo debe efectuarse verificando que de los documentos presentados (copia del laudo y de sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones y, en su caso, de las actuaciones de ejecución efectuadas por el tribunal arbitral), se desprenda que la obligación declarada en el laudo y cuyo cumplimiento se pretende en sede judicial sea cierta, expresa y exigible, y, en su caso, líquida o liquidable tratándose de dar sumas de dinero. No puede impedirse que la parte ejecutada alegue el incumplimiento de los requisitos comunes de procedibilidad de una ejecución, a que se refiere el artículo 689 del Código Procesal Civil, pero esto debe efectuarse únicamente a partir de lo laudado, sin reabrir la controversia que fue objeto de arbitraje».

líquida o liquidable. Según la doctrina,[20] tendremos prestaciones: (i) ciertas, «cuando están perfectamente descritas en el título la existencia de un sujeto activo (acreedor) y un sujeto pasivo (deudor)»; (ii) expresas, «cuando constan por escrito aquello que el deudor debe satisfacer a favor del acreedor. Consiste en una cosa o en un hecho que habrá de ejecutar el deudor, o en una abstención de algo que el deudor habría podido efectuar libremente»; (iii) exigibles, cuando «sea reclamable. La exigibilidad supone la llegada del vencimiento, si se trata de una obligación al término y la aparición de la condición, si se trata de una obligación condicional»; y, (iv) liquidables, cuando «puede dilucidarse numéricamente mediante operación aritmética, método que no podría ser de aplicación para las prestaciones ilíquidas».

Esta evaluación no debería centrarse únicamente en la parte resolutiva del laudo, sino que debe desprenderse de la documentación que presente el demandante sin entrar a la discusión de fondo resuelta en el arbitraje. Al respecto, la Ley de Arbitraje establece que el juez procede a la ejecución «por el solo mérito» de la presentación del laudo arbitral y las resoluciones que lo integren, excluyan, interpreten o corrijan (que forman parte integrante del laudo) y las resoluciones que hayan sido expedidas por los árbitros en caso se hayan producido actuaciones arbitrales de ejecución.[21]

---

20 LEDESMA, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, tomo III, pp. 373-375.

21 Artículo 68.- «Ejecución judicial
1. La parte interesada podrá solicitar la ejecución del laudo ante la autoridad judicial competente acompañando copia de este y de sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones y, en su caso, de las actuaciones de ejecución efectuada por el tribunal arbitral.
2. La autoridad judicial, por el solo mérito de los documentos referidos en el numeral anterior, dictará mandato de ejecución para que la parte ejecutada cumpla con su obligación dentro de un plazo de cinco (5) días, bajo apercibimiento de ejecución forzada.
[…]».

En función de lo señalado, a continuación enumeramos problemas frecuentes que se presentan al ejecutar un laudo:[22]

a) *Laudos en los que no se aprecia una obligación cierta*: resulta evidente que, por lo menos, el laudo debe establecer claramente la existencia de una obligación a cargo del ejecutado. Si el laudo no lo refleja así, justificadamente la ejecución no prosperará.

   Un laudo puede no tener de manera clara una obligación por un mal planteamiento de pretensiones, por ejemplo, si solo se plantearon pretensiones declarativas,[23] o porque habiéndolo solicitado expresamente, el laudo arbitral no lo ordenó o es confuso. En estos casos puede evaluarse la presentación de pedidos poslaudo.[24]

b) *Laudos con obligaciones de dar suma de dinero que no son líquidas ni liquidables*: este el problema más recurrente. A continuación, algunos ejemplos y criterios extraídos de las resoluciones revisadas:

---

22 Para efectos del presente trabajo hemos revisado resoluciones que se encuentran publicadas en el portal de jurisprudencia de las salas comerciales de la Corte Superior de Justicia de Lima.

23 En el Expediente n.° 13120-2010, la Sala Comercial encontró que el laudo que pretendía ejecutarse «[…] únicamente resolvió declarar "CONSENTIDA la Liquidación del contrato de obra presentada a la Municipalidad Distrital de Vista Alegre por el Consorcio Villa mediante Carta 018-CV/GOP/13, de fecha 16 de julio de 2013, *con un saldo a favor del contratista de S/ 1 427 787,20* (un millón cuatrocientos veintisiete mil setecientos ochenta y siete con 20/100 nuevos soles), incluido IGV", esto es, a partir de las copias que conforman el presente cuaderno de apelación *no aparece con nitidez que el tribunal arbitral haya emitido expresa orden de pago de la suma líquida que aparece en la resolución apelada* […]» (énfasis agregado). El laudo de manera justificada fue declarado inejecutable.

24 Nos referimos a los pedidos regulados en el artículo 58 de la Ley de Arbitraje.

- *Pago de costos del arbitraje*: el pago de los costos puede significar una suma importante de dinero. En este caso, el criterio consistentemente adoptado, basado en los artículos 56[25] y 70[26] de la Ley de Arbitraje es que el laudo debe pronunciarse sobre la distribución de los costos y fijarlos, pero ¿hasta qué punto?; ¿debe contener la cifra exacta a pagar por el ejecutado?

  Al tratarse de sumas de dinero, la regla es que se trate de montos líquidos (es decir, la cifra exacta a pagar por el ejecutado) o liquidables con una operación aritmética. Para esto último, se deben fijar claramente los criterios que permitan calcular los costos mediante una operación aritmética. El problema es que ante alguna duda sobre esos elementos, cabo suelto o necesidad de evaluar pruebas (por ejemplo, determinar qué facturas son las que se deben tener en cuenta) muy probablemente este extremo no llegue a ser ejecutado.[27]

---

25 Artículo 56.- «Contenido del laudo.
1. […]
2. El tribunal arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73».

26 Artículo 70.- «Costos
El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:
Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.
Los honorarios y gastos del secretario.
Los gastos administrativos de la institución arbitral.
Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.
Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.
Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales».

27 En la STC Exp. n.° 8384-2014 emitida por la Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, se resolvió lo siguiente: «Se aprecia que el tercer punto resolutivo del laudo sub materia dispone: Declarar FUNDADA la pretensión respecto a que le corresponde al Gobierno Regional de Puno asumir las costas y costos del presente proceso arbitral *debiendo reembolsar los GASTOS ARBITRALES asumidos en su oportunidad por Petróleos del Perú S. A.* En ese sentido, es claro que *no nos encontramos ante una obligación líquida, pues no está consignada en una cantidad ya determinada; pero tampoco es liquidable, sino sobre la base de determinar previamente cuáles son los gastos, costas y costos que se irrogaron en el arbitraje y que fueron asumidos por PETROPERU, esto es, valorando probatoriamente documentos o elementos ajenos al propio título de ejecución, como serían los comprobantes de pago que pretendidamente acreditarían los gastos incurridos*, tal como

El laudo tendría que ser bastante claro en los criterios a considerar para liquidar el monto. Ello, sumado a que en algunos casos el criterio es que el monto debe ser líquido (no solo liquidable),[28] hace recomendable que se procure tener un laudo con el monto preciso de los costos a pagar por el ejecutado. Al fin y al cabo, si el tribunal ya ha determinado todos los elementos a considerar, bastaría la suma y/o resta de los mismos para liquidar los montos y evitar problemas.

Aquellos laudos que no tomen en cuenta lo expuesto o, peor aún, se limiten a establecer de manera genérica que los costos deben ser asumidos por alguna parte tendrían graves problemas para ser ejecutados. En estos casos, se debería solicitar un pronunciamiento expreso por parte de los árbitros sobre los costos concretos que tendrían que ser asumidos.

Resulta ilustrativa la recomendación del manual *Redacción de laudos en el marco de arbitrajes conforme al Reglamento de la CCI*, que señala que «el laudo final debe resolver sobre los costos del arbitraje y de la repartición de los mismos […] el tribunal debe fijar no solo la repartición de su carga, sino *también su monto*»[29] (énfasis agregado). Se recomienda que cada parte

pretende vanamente la ejecutante. Tal circunstancia no constituye, de ninguna manera, la simple operación matemática que prevé la ley y que se hace efectiva conforme al artículo 717 procesal, y más bien implica una función de valoración que no compete al juez de la ejecución sino al árbitro, quien debió precisar en el laudo o el monto de la obligación total, o los factores o elementos en base a los cuales efectuar la futura liquidación» (énfasis agregado).

28 En la sentencia recaída en el Expediente n.° 7005-2012, el Sexto Juzgado Comercial con Sub Especialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima determinó que «los gastos cuyo pago se demanda en autos están comprendidos dentro de los costos del proceso arbitral y *consecuentemente debieron ser liquidados por el árbitro que llevó a cabo dicho proceso, no correspondiendo que este órgano jurisdiccional realice la liquidación de los mismos*; razones por los cuales no procede amparar la pretensión de cobro de costas y costos solicitados» (énfasis agregado).

29 DARMON, Marco; LLOYD, Humphrey; ANCEL, Jean-Pierre; DERVAIRD, Lord; LIEBSCHER, Christopher y Herman VERBIST. *Manual de redacción de laudos en el marco de arbitrajes conforme al Reglamento de la CCI*, 2005, p. 26. Recuperado de <https://www.iccmex.mx/uploads/uploads/arbitraje2015/lineamientos/15-RedacciondelaudosenelmarcodearbitrajesconformealReglamentodelaCCI.pdf>.

tenga la oportunidad de presentar sus conclusiones en cuanto a los gastos en los que ha incurrido, generalmente después de la última audiencia y antes del cierre de instrucción.[30]

- *Pago de intereses*: también debe existir una obligación de dar suma de dinero líquida o liquidable mediante una operación aritmética.

  En general, el criterio es que, para liquidar, el laudo debe establecer los siguientes lineamientos: i) el monto del capital sobre el cual se calculan los intereses; ii) la fecha a partir de la cual se deben calcular los intereses, así como indicar hasta cuándo; y, iii) el tipo y tasa de interés;[31] sin embargo, aun estando presentes, encontramos inconvenientes cuando son evaluados.

  En el caso del periodo en el que deben computarse los intereses, son comunes los casos en los que los laudos indican que se computarán intereses «hasta la fecha efectiva de pago». En algunas ocasiones estos laudos son declarados inejecutables porque tendría que definirse, primero, cuál es la fecha efectiva de pago, lo cual claramente no podría haber sido previsto por el tribunal.[32]

---

30 *Ibidem*.

31 Entre otras sentencias, estos criterios los encontramos en las recaídas en el Expediente n.°: 4742-2017 expedida por la Primera Sala Civil con Sub Especialidad Comercial n.° 25657-2015, expedida por el Primer Juzgado Civil con Sub Especialidad Comercial y n.° 10805-2015 expedida por la Segunda Sala Civil con Sub especialidad Comercial. Las sentencias fueron expedidas en la Corte Superior de Justicia de Lima.

32 Ese es el caso de la sentencia recaída en el Expediente n.° 4742-2017 expedida por el Décimo Tercero Juzgado Civil con Sub Especialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima: «[…] OCTAVO**:** Asimismo, si bien es cierto que en el fundamento 101 del laudo arbitral de fecha 15/02/2016, el señor árbitro hace referencia a la forma para llegar a establecer el monto de los intereses legales, también cabe señalar que este no es una obligación liquidable mediante operación aritmética por cuanto en el laudo materia de ejecución solo se estableció la fecha de inicio y, respecto de la fecha inicial, se señala de *manera genérica "hasta la fecha efectiva del pago"* que en realidad es una condición para que se pueda realizar el cálculo de los intereses» (énfasis agregado).

Otra situación problemática es la de los laudos que no indican la fecha desde y hasta cuándo se computan los intereses, sino que para obtener ese dato es necesario revisar piezas del expediente. Por ejemplo, intereses que se computarán desde la fecha de notificación de la demanda. Si bien la información contenida en el laudo, de manera autónoma, debiera ser suficiente para proceder a la ejecución, consideramos que en casos en los que el laudo identifique claramente el o los documentos a considerar, estos sí debieran ser tomados en cuenta a favor de la ejecución.

En el caso del tipo y tasa de interés, si se trata de la tasa de interés legal, que es información pública, no debería haber inconvenientes en su ejecución. La misma regla debería aplicar a los casos de impuestos cuyas tasas también son públicas, como el IGV. Sin embargo, en algunos casos, contando con esta información, no se procedió a la ejecución.[33]

A fin de evitar estos problemas, en el arbitraje se deberá procurar que el laudo contenga información suficiente. Nuevamente, resulta ilustrativo el manual *Redacción de laudos en el marco de arbitrajes conforme al Reglamento de la CCI* que señala: «El laudo debe, ya sea precisar la(s) tasa(s) de interés aplicable(s) así como la fecha a partir de la cual el o los intereses comienzan a ser exigibles, o enunciar la decisión del tribunal arbitral en cuanto al monto de los intereses exigibles hasta una fecha dada, aplicando los elementos pertinentes relativos

33 Ese es el caso de la sentencia recaída en el Expediente n.° 08668-2016 expedidas por el Décimo Tercero Juzgado Civil con Sub Especialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima: «En lo que respecta al pago de intereses legales e IGV, estas pretensiones no resultan procedentes por cuando se aprecia del contenido de los laudos que dicha pretensión no han sido [sic] determinados y aprobados en un monto líquido o liquidable para que proceda su ejecución por parte del tribunal arbitral».

a las tasas y a las fechas y a la(s) tasa(s) de interés posteriormente pertinentes».[34]

c) *Laudos que requieren de actuaciones previas para constituir títulos ejecutivos*: algunos laudos requieren la realización de actuaciones posteriores a su emisión (por ejemplo, dictámenes periciales) como paso previo a tener una obligación que cumpla los requisitos comentados. Estos laudos generalmente son inejecutables.

La magistrada Ledesma Narváez aborda esta problemática refiriéndose a sentencias (en este caso, laudos) de condena con reserva, que son aquellas en las que «las pretensiones están ya definidas, pero de manera genérica […]. Como está definida de manera genérica, hay que particularizarla para su ejecución; esto es, en el laudo aparece expuesta una fórmula de solución a la controversia, con la salvedad, que requiere de una liquidación previa a la ejecución. Esa liquidación va a dar viabilidad al laudo, en tanto, no se haga ello, el laudo no podrá ser ejecutable». Agrega, «En tanto no se defina no podrá ser considerado título de ejecución, pues falta determinar la cantidad líquida a exigir».[35] Dejar esa definición a cargo de los jueces termina siendo problemático porque están llamados a ejecutar lo resuelto. Y, aunque intenten seguir parámetros previamente fijados en el laudo, es probable que se generen dudas o incidentes no previstos, basta la negativa del ejecutado o que se genere algún incidente para que el juez no tenga una pauta clara y el laudo sea declarado inejecutable.

---

34 DARMON, Marco; LLOYD, Humphrey; ANCEL, Jean-Pierre; DERVAIRD, Lord; LIEBSCHER, Christopher y Herman VERBIST. *Op. cit.*, p. 25.

35 LEDESMA, Marianella. «Ejecución de laudos ilíquidos en sede judicial». En *Arbitraje PUCP*, 2012, n.° 2, pp. 17-18. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/9367>.

Algunos ejemplos son los siguientes:

- Un tribunal emitió un laudo ordenando la «Restitución de S/ 1 600 000,00 debiendo descontarse las obras civiles y la infraestructura fija y permanente, así como los gastos de la habilitación del negocio de GNV». En este caso, para determinar el monto de la deuda debía establecerse previamente el valor del monto que debía ser descontado (de ciertas obras y gastos). El laudo no pudo ser ejecutado porque el tribunal no estableció pautas que el Poder Judicial consideró elementales para la elaboración del dictamen pericial ordenado.[36]

- Un tribunal ordenó el pago del importe que resulte de la liquidación final de una obra, la cual debía ser elaborada tomando en cuenta ciertos criterios. Si transcurrían sesenta días sin que las partes llegasen a una cantidad final, el tribunal podía —a pedido de cualquiera de las partes— nombrar a un perito que determine el importe definitivo. Las partes no se pusieron de acuerdo y el demandante solicitó al tribunal la elaboración de la pericia; sin embargo, el demandado se opuso alegando que el tribunal había perdido competencia con la emisión del laudo. El tribunal estuvo de acuerdo y dio por concluidas las actuaciones, quedando inejecutable el laudo.[37]

---

36 Sentencia recaída en el Expediente n.° 4030-2016 expedida por la Segunda Sala Civil Sub Especializada en lo Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima: «[…] *el tribunal arbitral no ha dejado establecido pautas elementales*, como: *(i) el número de peritos* que deberían encargarse de tal estudio; (ii) si la cantidad de profesionales para la elaboración de la pericia valorativa debería fijarse en *número par o impar*; (iii) cómo proceder en caso los peritos no arriben a una conclusión uniforme, esto es, *qué hacer en caso de discrepancia entre los peritos*; (iv) *qué profesión* deberían tener los peritos a designar, […] (¿solo ingenieros?; ¿solo arquitectos?; ¿ingeniero con arquitecto? […] ¿qué especialidad de ingeniería? […] ¿o acaso otro tipo de profesionales, como economistas para determinar los "gastos de habilitación del negocio"?). […]» (énfasis agregado).

37 WONG, Julio. «Algunos criterios judiciales (nuevos y viejos) sobre el proceso de ejecución de laudo». En *Actualidad Civil,* 2016, n.° 28, p. 29.

Los casos mencionados se refieren al pago de sumas de dinero; sin embargo, este tipo de situaciones pueden presentarse —en general— siempre que se requiera de una actuación previa para definir una prestación de modo que sea clara, expresa y exigible. A diferencia de los supuestos comentados, los pedidos poslaudo no solucionarían el potencial problema. A lo mucho, podrían buscar que el laudo realice precisiones para que no haya ningún cabo suelto y el juez sepa qué hacer en una etapa de ejecución; sin embargo, difícilmente podrá ponerse en todos los supuestos.

En algunos casos, una alternativa viable es la bifurcación de la controversia y que se emitan laudos parciales. Por ejemplo, en un caso de responsabilidad civil «puede ser útil apelar a laudos parciales "sobre el fondo en controversias de extraordinaria complejidad o en aquellas que afectan multiplicidad de partes o contratos. En estos casos, la práctica habitual demuestra que puede ser útil dictar un laudo sobre responsabilidad contractual únicamente, dejando para una fase ulterior la determinación del daño indemnizable, sobre todo cuando la prueba del daño puede conllevar gastos probatorios importantes que se reducirían (al delimitar el ámbito de la prueba) una vez que se conozca cuál es la parte que debe ser indemnizada y, por ende, probar el daño sufrido"».[38] En el caso anteriormente comentado, en el que se dispuso la «Restitución de S/ 1 600 000,00 debiendo descontarse las obras civiles y la infraestructura fija y permanente, así como los gastos de la habilitación del negocio de GNV», podría haberse evaluado la emisión de un laudo parcial en el que se determinara si cabía o no la restitución y

38 Fernando Mantilla-Serrano citado en CANTUARIAS, Fernando. «Comentarios al artículo 54». En AA. VV. *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 605.

posteriormente, en un segundo laudo, determinar el monto de las obras civiles, infraestructura y gastos.

Los problemas descritos son comunes, pero parecen estar en un limbo entre lo arbitral y lo judicial. De un lado, quienes intervienen en el arbitraje piensan que en ejecución se solucionarán una serie de aspectos y, de otro lado, los jueces —que buscan no alterar lo resuelto en el laudo— consideran que ello debió ser determinado por los árbitros. El resultado: laudos con problemas para llegar a ser ejecutados.

2.2. Demoras en el trámite y una regulación poco clara de los recursos que se admiten en la ejecución judicial

Los procesos judiciales suelen demorar más que las actuaciones arbitrales. En los arbitrajes las partes pagan por: (i) el servicio de los árbitros que, para aceptar el encargo, deberían tener suficiente disponibilidad de tiempo para avocarse al caso; y, (ii) en los arbitrajes institucionales inclusive se pagan gastos administrativos para asegurar una adecuada gestión del proceso.

La situación de la justicia estatal es distinta. Un solo despacho atiende miles de casos. Los jueces lidian con infraestructura y materiales que no siempre son los mejores y, además de administrar justicia, deben asumir el rol de gestión de sus despachos. La propia naturaleza del proceso genera demoras: tiempos muertos a la espera de la calificación del título, en el traslado de escritos y elevación de expedientes, etc., que impactan en el tiempo del proceso. En un arbitraje —salvo un rarísimo pacto en contrario—, la controversia se resuelve en una instancia, mientras que en el Poder Judicial, por lo menos, se atraviesan dos instancias.

Dependiendo del juzgado al que sea repartido un expediente y cómo se lidie con estas dificultades, el proceso de ejecución puede llegar a tomar más o menos tiempo. Según información proporcionada por magistrados de la Corte Superior de Justicia de Lima, en promedio pueden

demorar dos años cuando se sigue contra privados. En el caso de procesos contra el Estado, como veremos, legalmente el Estado puede tardar cinco años en pagar. Así, aunque el proceso de ejecución está diseñado para ser breve, puede llegar a demorar el tiempo que tomó el proceso de arbitraje o más.

Como señalábamos, la interposición de recursos es un factor que puede impactar en esta demora. Por ello es importante conocer cómo se manejan. En la Ley únicamente se establece que «La autoridad judicial está prohibida, bajo responsabilidad, de admitir recursos que entorpezcan la ejecución del laudo» y que «La resolución que declara fundada la oposición es apelable con efecto suspensivo».[39] Es decir, solo prevé la interposición de recurso de apelación contra aquellas resoluciones que hayan declarado fundadas oposiciones a la demanda de ejecución (las que determinaron que la ejecución no debía continuar).

En la práctica, se conceden también recursos de apelación contra resoluciones que hayan declarado infundada la oposición al arbitraje, es decir, aquellas que determinaron que la ejecución sí debía producirse. En estos casos se conceden los recursos de apelación con efecto suspensivo (es decir, no se suspenden los efectos de la resolución impugnada), por lo que se entiende que «no entorpece la ejecución del laudo». Sin embargo, sucede que en esos casos el juzgado podría decidir esperar a que la sala resuelva la apelación, lo que sí genera retrasos en la ejecución.

Con relación a la posibilidad de interponer recurso de casación, en principio, se podría pensar que esto solo dilataría —aún más— el proceso judicial. Sin embargo, la demora podría ser un aspecto tolerable si se trata de tener una posibilidad adicional para que el laudo sea ejecutado. Al respecto, debe tomarse en cuenta que, de acuerdo al Código Procesal Civil, cabe interponer recurso de casación contra decisiones de

[39] Artículo 68 de la Ley de Arbitraje.

la Sala Superior que, en revisión, pongan fin al proceso. Esto solo sucedería si la demanda de ejecución ha sido rechazada (por ejemplo, porque declaró fundada la oposición a la ejecución). En ese caso, la interposición de un recurso de casación daría una posibilidad adicional al demandante, que podría llevar su caso a la Corte Suprema para que determine la nulidad de esa decisión o la revoque. Siguiendo la lógica antes mencionada, este recurso, por tanto, no entorpecería la ejecución del laudo. Por el contrario, sería un recurso pro arbitraje.[40] Sin embargo, la Corte Suprema no viene admitiendo recursos de casación contra resoluciones expedidas en estos procesos.

2.3. La ejecución judicial de laudos contra el Estado

A los problemas indicados se suma la dificultad de cobrar al Estado, en cuyo caso no solo habrá que superar los cuestionamientos referidos a la existencia de un título ejecutivo y lo recursos que las entidades seguramente interpondrán, sino que luego de ello el ejecutante deberá seguir un procedimiento especial regulado en el Texto Único Ordenado de la

[40] «[…] en el proceso de nulidad de laudo, debido a la expresa limitación contenida en el inciso 5 del artículo 64, solo procedería el recurso de casación en caso de declararse fundada, en todo o en parte, la demanda de nulidad de laudo. Sin embargo, si revisamos la regulación del proceso de ejecución de laudo, no encontramos regla alguna que limite la utilización del recurso de casación; motivo por el cual no encontramos justificación para extender la restricción aludida. […] el recurso de casación nunca podría haber sido interpuesto por el ejecutado que ve rechazada su contradicción, debido a que solo puede interponerse este recurso: "Contra las sentencias y autos expedidos por las salas superiores que como órganos de segundo frado ponen fin al proceso" […]», WONG, Julio. *Op. cit.*, pp. 35-36.

Ley del Proceso Contencioso Administrativo[41] y el Texto Único Ordenado de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto.[42]

Este procedimiento implica, en términos generales: (i) un requerimiento expreso a la entidad para que realice el pago al amparo de las normas antes mencionadas; (ii) un plazo de hasta seis meses para que la entidad evalúe si puede pagar la deuda con cargo al pliego presupuestario en donde se generó. Si el presupuesto es insuficiente, la autoridad «podrá» (no «deberá») solicitar modificaciones presupuestarias; (iii) si según los recursos disponibles y priorización de pagos no es posible pagar, la

41 Artículo 46.- «Ejecución de obligaciones de dar suma de dinero
[…] serán atendidas por el Pliego Presupuestario en donde se generó la deuda, bajo responsabilidad del Titular del Pliego, […] de acuerdo con los procedimientos que a continuación se señalan:
46.1 La Oficina General de Administración o la que haga sus veces del Pliego Presupuestario requerido deberá proceder conforme al mandato judicial y dentro del marco de las leyes anuales de presupuesto.
46.2 En el caso de que para el cumplimiento de la sentencia el financiamiento ordenado en el numeral anterior resulte insuficiente, el Titular del Pliego Presupuestario, previa evaluación y priorización de las metas presupuestarias, podrá realizar las modificaciones presupuestarias dentro de los quince días de notificada, hecho que deberá ser comunicado al órgano jurisdiccional correspondiente.
46.3 De existir requerimientos que superen las posibilidades de financiamiento expresadas en los numerales precedentes, los pliegos presupuestarios, bajo responsabilidad del Titular del Pliego o de quien haga sus veces, mediante comunicación escrita de la Oficina General de Administración, hacen de conocimiento de la autoridad judicial su compromiso de atender tales sentencias de conformidad con el artículo 70 del Texto Único Ordenado de la Ley 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, aprobado mediante el Decreto Supremo 304-2012-EF.
46.4 Transcurridos seis meses de la notificación judicial sin haberse iniciado el pago u obligado al mismo de acuerdo a alguno de los procedimientos establecidos en los numerales 46.1, 46.2 y 46.3 precedentes, se podrá dar inicio al proceso de ejecución de resoluciones judiciales previsto en el artículo 713 y siguientes del Código Procesal Civil. No podrán ser materia de ejecución los bienes de dominio público conforme al artículo 73 de la Constitución Política del Perú».

42 Artículo 70.- «Pago de sentencias judiciales
70.1 Para el pago de sumas de dinero por efecto de sentencias judiciales en calidad de cosa juzgada, se afecta hasta el cinco por ciento (5 %) o hasta un mínimo de tres por ciento (3 %), según sea necesario, de los montos aprobados en el Presupuesto Institucional de Apertura (PIA), […]
[…]
70.5 Los requerimientos de pago que superen los fondos públicos señalados en el numeral 69.1 del presente artículo se atenderán con cargo a los presupuestos aprobados dentro de los cinco (5) años fiscales subsiguientes».

entidad puede plantear un compromiso para pagar hasta dentro de los cinco años fiscales subsiguientes; y, (iii) solo se podrán iniciar acciones de ejecución forzada (como embargos) si el Estado no informa cómo pagará en el plazo de seis meses antes indicado o si, finalmente, en algún momento deja de pagar.

Luego de esperar pacientemente, si el Estado no paga, el ejecutante puede solicitar la ejecución forzada, para lo cual debe tener en cuenta la prohibición de afectar bienes de dominio público. Por último, el Tribunal Constitucional ha determinado: «ante el vacío de legislación que precise qué bienes estatales pueden ser embargados, el principio general es que al juez le corresponde pronunciar el carácter embargable de un determinado bien, analizando, en cada caso concreto, si el bien sobre el que se ha trabado la ejecución forzosa está o no relacionado con el cumplimiento de las funciones del órgano público, y si está o no afecto a un uso público»;[43] sin embargo, en la práctica, los jueces no suelen tener las herramientas necesarias para saber qué bienes son de dominio público, haciendo difícil su identificación.

Como resultado, los ejecutantes deben pasar por procesos realmente largos para cobrar al Estado.

3. LA EJECUCIÓN ARBITRAL DE LAUDOS: ¿UNA ALTERNATIVA VIABLE Y MEJOR?

3.1. La ejecución arbitral para evitar los problemas detectados en la ejecución judicial

La posibilidad que un árbitro ejecute sus decisiones no es pacífica en doctrina. Quienes se muestran en contra señalan que se trata de una actividad que le corresponde a la autoridad judicial que, a diferencia de los

[43] Fundamento jurídico 26 de la STC Exp. Acum. n.° 015-2001-AI/TC, 016-2001-AI/TC y 004-2002-AI/TC.

árbitros, sí tienen *coertio*. Además, señalan que los árbitros deberían limitar su actuación a la voluntad de las partes.[44]

Contrario a esta posición, la Ley de Arbitraje reconoce la posibilidad que los árbitros ejecuten sus decisiones tanto cautelares[45] como de fondo, regulando en el artículo 67 la ejecución arbitral. La regulación cubre, además, los problemas que encuentran los detractores: (i) la ejecución arbitral se produce siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable; y, (ii) el límite es el uso de la fuerza pública, de modo que el tribunal, a su sola discreción, podrá cesar en sus funciones si considera necesario o conveniente requerirla.

El espacio para ejecutar arbitralmente no es reducido.[46] En realidad, es la fuerza pública la que queda relegada a pocos supuestos (como lo serían casos de lanzamiento, demoliciones, secuestro de bienes).[47] No se requiere el uso de la fuerza pública o fuerza física: (i) para liquidar montos (de intereses, costos del proceso u otros), que son los que generalmente tienen inconvenientes de ser ejecutados en el Poder Judicial; (ii) requerir a instituciones bancarias que traben embargos en caso de falta

---

44 «Cremades considera que la ejecución de un laudo arbitral, ante el incumplimiento de una de las partes, es "[…] una actividad inexpropiable de la autoridad judicial, precisamente porque los árbitros llegan hasta donde alcanza la voluntad de las partes; más allá afirma que, escapa a su competencia y solo el juez puede forzar a alguien a, si fuera necesario en forma coactiva, a cumplir lo establecido en la sentencia"». Cremades citado en CANTUARIAS, Fernando. «Ejecución de laudos arbitrales dictados en el Perú». En *Derecho & Sociedad*, 2005, n.° 25, p. 210.

45 El artículo 48 numeral 1 de la Ley de Arbitraje establece que «El tribunal arbitral está facultado para ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares, salvo que, a su sola discreción, considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública».

46 «[…] me atrevería a decir que, al menos en mi experiencia, las ejecuciones que requieren de *coertio*, entendido como uso de la fuerza pública, son más la excepción que la regla en los arbitrajes. Ello debido al alto grado de cumplimiento voluntario por las partes de lo que ordena el laudo. Pero las partes, incluso con voluntad de cumplir, requieren que para la ejecución se precisen o aclaren ciertas incertidumbres que naturalmente no están resueltas en el laudo, como, por ejemplo, cuáles son los intereses a pagar en la fecha misma de pago», BULLARD, Alfredo. «Comentarios al artículo 67». En AA. VV. *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 748.

47 ARRARTE, Ana María. «Apuntes sobre la ejecución de laudos arbitrales y su eficacia a propósito de la intervención judicial». En *Ius et Veritas*, 2003, n.° 27, p. 29.

de pago voluntario; (iii) ordenar el otorgamiento de una escritura pública y —en caso el ejecutado no lo haga— suscribir la escritura tal como lo haría un juez; (iv) ordenar la inscripción de actos en diversos registros públicos a cargo de instituciones estatales; (v) resolver las contradicciones que pudieran formular los ejecutados; etc.

Estas actuaciones, que no requieren del uso de la fuerza física, podrían realizarse sin las demoras que, lamentablemente, enfrentaríamos en el Poder Judicial, en una única instancia y con un riesgo menor de tener laudos inejecutables. En una ejecución arbitral tendríamos:

a) Alguna posibilidad de subsanar falencias que de otro modo impedirían la ejecución del laudo: si el tribunal que se encargará de la ejecución es el que emitió el laudo y detecta alguna falencia (por ejemplo, si hace falta determinar algún dato para que el laudo pueda ser ejecutado), podría haber una oportunidad para corregir con el conocimiento necesario del fondo del caso que fue sometido a su competencia. En este caso, un aspecto que generaría dudas es en qué medida pueden corregir esas falencias sin reabrir la discusión del fondo de la controversia que ya ha sido resuelta. Finalmente, se encontrarían en una etapa de ejecución. Sin perjuicio de ello, al tener la responsabilidad de la ejecución, probablemente el tribunal estaría más atento a tener los elementos necesarios para evitar que un laudo que ellos mismos emitieron sea inejecutable.

b) Aun si el laudo tiene todos los elementos necesarios para su ejecución, facilitaría que los árbitros sean los encargados de la liquidación de montos según los lineamientos determinados en el arbitraje (por ejemplo, en el caso de intereses), tanto para evitar cuestionamientos que pudieran presentarse en el Poder Judicial, como para hacerlo en un procedimiento más expeditivo.

c) En el caso de laudos que, para tener una obligación clara, expresa y exigible, requieren de actividades posteriores a su emisión (como la realización de dictámenes periciales), la ejecución arbitral podría salvar la ejecución del laudo, pues, como hemos visto, en esos casos es altamente probable que el Poder Judicial los declare inejecutables.

d) Los árbitros podrían resolver las contradicciones que formulen los ejecutados sin los tiempos muertos que encontramos en el Poder Judicial y en una única instancia. La ejecución, sin duda, sería mucho más expeditiva.

Algunas de estas actuaciones «[s]on actos que implican un juicio de conocimiento (o *notio*) por parte del juzgador que, en la esencia, no difiere del juicio y criterio que se requieren para dictar un laudo o cualquier otra decisión arbitral. Si el árbitro es bueno para una cosa, lo es para la otra».[48] A diferencia de lo que sucede en una ejecución judicial en la que los jueces, muchas veces, no tienen las herramientas para superar estos inconvenientes. Adicionalmente, el Poder Judicial vería reducida su carga de trabajo, por lo menos respecto de estos casos.

La ejecución a cargo de árbitros ayudaría a que los laudos sean ejecutados de manera más rápida y con un menor riesgo de ser declarados inejecutables, por lo que debería ser una alternativa preferible, cuando sea viable.

3.2. Si es una mejor alternativa, ¿por qué no se ejecutan arbitralmente los laudos?

Algunos factores a considerar son los siguientes:

48 BULLARD, Alfredo. «Comentarios al artículo 67». *Op. cit.*

a) *No son comunes los pactos, ni estamos acostumbrados*: la Ley de Arbitraje exige la existencia de un pacto y no es común encontrar convenios arbitrales que así lo establezcan ni que se celebren acuerdos posteriores en ese sentido. Una vez emitido el laudo, difícilmente la parte perdedora estará dispuesta a aceptar la ejecución a cargo de los árbitros, que sería más expeditiva que una judicial.[49]

   En el caso de los arbitrajes institucionales, los reglamentos de los principales centros de arbitraje del país prevén la ejecución arbitral,[50] pero no encontramos una regulación clara sobre honorarios y reglas aplicables durante una eventual ejecución. Aun en estas instituciones es poco común la ejecución arbitral.

   Finalmente, y consideramos que esta es la explicación que está detrás de las anteriores, existe una indudable falta de costumbre de ejecutar arbitralmente laudos arbitrales. Las partes, sus abogados y los propios árbitros asumen que la ejecución debe ser a cargo del Poder Judicial.

b) *Falta de cooperación de entidades públicas y privadas*: sumado a lo anterior, la experiencia nos enseña que existe falta de cooperación de entidades públicas y privadas, de las que probablemente se requiera algún tipo de actuación para ejecutar un laudo. No suelen acatar requerimientos de árbitros. Solo están dispuestos a

---

49 Si bien consideramos que difícilmente existirá cooperación en esta etapa, Bullard comenta el siguiente supuesto: «[…] qué ocurre si en un arbitraje en el que las partes no han acordado inicialmente la ejecución, una de ellas solicita la ejecución del laudo, la otra no cuestiona la competencia de los árbitros y estos inician la ejecución. En nuestra opinión, ello equivale a un acuerdo para arbitrar, pues se aplicaría el numeral 5, que hace referencia a que un cruce de demanda y contestación significa la existencia de un convenio para arbitral. La solicitud de ejecución es, finalmente, el equivalente a una demanda de ejecución y, por tanto, la contestación, sin cuestionar la competencia de los árbitros, equivale a una aceptación de que existe un acuerdo para que los árbitros ejecuten». BULLARD, Alfredo. «Comentarios al artículo 67». *Op. cit.*, p. 754.

50 Así, se encuentra regulado en el artículo 61 del reglamento de arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos (CARC PUCP) y el artículo 40 del reglamento de arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

cumplir órdenes de jueces que, a diferencia de los árbitros, sí pueden aplicar coerción en caso de incumplimiento.

En el caso de los funcionarios públicos, además de un entendimiento generalizado de que solo deben cumplir órdenes judiciales, se ciñen a la literalidad de normas que aluden a mandatos u órdenes «judiciales», rechazando que estas se refieran también a laudos arbitrales, probablemente por temor a actuar fuera de la legalidad. Por ejemplo, en el caso de inscripciones en registros,[51] como el registro de valores mobiliarios anotados en cuenta, las normas que regulaban el cambio de titularidad en el registro aludían a «mandato legal u orden judicial». La autoridad entendía que solo podía proceder a registrar modificaciones si existía una orden emitida por juez.[52] Tuvo que realizarse una modificación en la norma, aludiendo expresamente a decisiones arbitrales, a fin de superar este problema. Una lectura similar la encontramos en el caso de la Ley n.° 30137, Ley que establece criterios de priorización para la atención de pago de sentencias judiciales. En opinión del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos[53] y del Ministerio de Economía y Finanzas,[54] la norma no comprende laudos arbitrales puesto «que por principio de legalidad, esta Ley solo habilita el pago de sentencias judiciales con calidad de cosa juzgada» y «no tienen la misma naturaleza jurídica que las sentencias judiciales».

---

51 En el caso de Registros Públicos encontramos un avance, pues el reglamento general prevé una regulación específica para la calificación de laudos arbitrales e inscripciones en mérito a laudos con una prohibición expresa de calificar la competencia de los árbitros.

52 Este problema es abordado en LÓPEZ, Jorge. «El registro de valores mobiliarios en cuenta. El arbitraje como hermano menor del Poder Judicial». En *Enfoque Derecho*, 7 de junio del 2017. Recuperado de <http://www.enfoquederecho.com/2017/06/07/el-registro-de-valores-mobiliarios-anotados-en-cuenta-el-arbitraje-como-hermano-menor-del-poder-judicial/>.

53 MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. *Boletín de la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento* Jurídico. Diciembre de 2014, n.° 6, p. 4

54 MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. Informe N° 009-2019-EF/51.01, 2019.

En el caso de entidades privadas, a pesar de no tener funcionarios públicos que deban regirse por el principio de legalidad, del mismo modo encontramos problemas. Las instituciones financieras, cuya cooperación se requiere para trabar embargos sobre cuentas bancarias o evitar la ejecución de cartas fianzas, entre otros, suelen hacer caso omiso. Como señala Castillo: «los tribunales arbitrales sí podrán proceder a la ejecución directa del laudo, como es el supuesto en que se debe trabar embargo y ejecutar determinadas cuentas bancarias, cuya titularidad corresponda a la parte perdedora; y ello no siempre será fácil, pues en diversas ocasiones, las entidades del sistema financiero se muestran renuentes a ejecutar las resoluciones de los tribunales arbitrales, requiriendo que tales disposiciones sean ordenadas por los jueces de la jurisdicción ordinaria».[55] Esta situación genera problemas tanto a nivel de ejecución de laudos como de medidas cautelares que impliquen la actuación de estas entidades, dejando «cojo» al arbitraje. De igual modo, los notarios públicos suelen ser reacios a acatar órdenes de árbitros.

Mientras se mantenga esta situación, existirán actuaciones que, aunque teóricamente pueden ser materia de ejecución arbitral porque no requieren del uso de la fuerza pública, en la práctica sí requieren de intervención judicial. En este tipo de casos, en los que lamentablemente será «conveniente» el uso de la fuerza pública, resultaría de aplicación el artículo 67 de la Ley de Arbitraje, que establece que si «a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública […] cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la parte interesada, a costo de esta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución».

55 CASTILLO, Mario. «El arbitraje después del arbitraje». En *Ius et Veritas*, 2017, n.° 54, p. 205.

Finalmente, aunque no nos hemos detenido a evaluar los problemas en una posible ejecución arbitral en casos contra el Estado —pues generalmente se hace judicialmente—, no dudamos en que se trataría de un proceso con complicaciones. Sobre todo, en la etapa en la que debe seguirse el procedimiento especial que hemos comentado, que está pensada para el pago de deudas derivadas de procesos judiciales (como es el caso de la ley que regula el proceso contencioso administrativo) y en el que se requerirá que funcionarios públicos acaten las órdenes arbitrales que se expidan.

La ejecución arbitral, entonces, tampoco tiene la solución definitiva a los problemas.

4. BUSCANDO SOLUCIONES DESDE TODOS LOS FRENTES

La ejecución judicial es la opción más común, pero puede resultar tediosa y, peor aún, llevarnos a un escenario de inejecutabilidad. La situación es peor cuando se trata de laudos contra el Estado, pues el ejecutante debe iniciar además un procedimiento especial que puede tomar alrededor de cinco años. Frente a ello, la ejecución arbitral puede aliviar algunos problemas; sin embargo, tampoco nos da una solución realmente efectiva debido a que terceros (instituciones públicas y privadas) no cooperan, sino que esperan órdenes judiciales que los obliguen a hacer las cosas.

A partir de esta conclusión, analizaremos qué podemos hacer desde el rol en el que nos encontremos, así como algunas alternativas de solución:

a) *Partes y abogados*: además de designar cuidadosamente a los árbitros, pues son ellos los que tendrán la última palabra al emitir el laudo, resulta útil conocer los criterios que serán tomados en cuenta en un proceso judicial de ejecución.

b) *Jueces*: al abordar la ejecución judicial, anotábamos como problema la demora de los procesos; sin embargo, creemos que, más que un problema de los jueces en particular, obedece a defectos en el sistema que solo podrían ser solucionados tras una reforma profunda. Aspectos como la procedencia de un recurso de casación contra decisiones de la Corte Superior que rechacen la ejecución sí podrían ser nuevamente evaluados pensando en favorecer el arbitraje.

Pero, sin duda, el principal problema está relacionado a laudos que son declarados inejecutables, generalmente por no cumplir los requisitos de un título ejecutivo como no tener una suma líquida. El rol que deben tomar los jueces es mucho más debatible.

Se ha señalado, por ejemplo, que «en algunas pocas veces, los jueces sí podemos ejecutar laudos que no contengan una suma líquida […]».[56] Esta posición se sustenta en lo siguiente: (i) el artículo 66 de la Ley de Arbitraje, que desarrolla los requisitos de la garantía que debe ofrecerse para lograr la suspensión de la ejecución arbitral, prevé la posibilidad de que la Corte Superior determine el monto en el que debe fijarse la fianza bancaria de un laudo con condena puramente declarativa o que requiera de liquidación o determinación que no sea únicamente una operación matemática; y, (ii) que «si una Sala Superior, por voluntad de las partes, puede resolver el fondo de la controversia tramitada en el proceso arbitral, no veo razón para negar la posibilidad de que las mismas puedan pactar expresa o tácitamente que cuestiones sencillas, como por ejemplo la determinación de los costos arbitrales, puedan ser establecidas por el órgano judicial encargado de la ejecución del laudo».[57]

---

56 WONG, Julio. *Op. cit.*, p. 31.

57 *Idem*, p. 32.

Al respecto, debemos partir reconociendo que la piedra angular del arbitraje es la voluntad de las partes para someter sus controversias a la competencia de los árbitros. En tal sentido, la ejecución debería buscar reflejar lo que decidieron los árbitros. Por ello —salvo que, efectivamente, exista un pacto de las partes autorizando a los jueces a que determinen ciertas cuestiones (como costos arbitrales en ejecución, o que resuelvan el fondo de la controversia luego de una anulación, como lo señala el artículo comentado), en cuyo caso se entiende que han decidido autorizar a los jueces a resolver—, consideramos discutible abrir esta posibilidad.

De no existir tal pacto, las partes podrían terminar acatando algo distinto a lo que el tribunal dispuso o que si no fue dispuesto en el laudo, era de competencia de un tribunal arbitral, no de los jueces. En ese sentido, se señala que «la hipotética posibilidad de alterar los términos de los laudos a ejecutar ocasionaría una gravísima inseguridad jurídica (Obando, 2011, p. 1999). Imaginemos, por ejemplo, un supuesto en el cual en sede de ejecución el juez determina los intereses sin utilizar ningún parámetro brindado por el tribunal arbitral. Ello no solo vulneraría la autonomía privada de las partes, las cuales nunca consintieron que el juez en ejecución realice semejante tarea, sino que incluso su derecho a la defensa se vería menoscabado, pues no podrían contradecir ni probar con la misma amplitud que en un proceso cognitivo».[58]

Ahora bien, esto no quiere decir que el juicio que realicen los jueces no deba estar guiado por un criterio de razonabilidad y favorecer el derecho a la tutela efectiva de los ejecutantes. Bajo estos criterios, creemos que deberían buscarse elementos que

[58] RIVAROLA, José Domingo y Fabio NUÑEZ DEL PRADO. «*Nulla executio sine titulo*: el escrutinio de los laudos en la práctica del arbitraje internacional como mecanismo para optimizar la ejecución de los laudos en el Perú». En *Derecho PUCP*, 2017, n.° 78, p. 79.

favorezcan la ejecución sin sobrepasar, desde luego, los límites razonablemente establecidos en el laudo o que razonablemente puedan desprenderse de este: (i) en el caso de intereses que deben computarse «hasta la fecha efectiva de pago», si no se ha realizado y, precisamente, por ello se han iniciado acciones contra el ejecutado, podría permitirse al ejecutante presentar una liquidación de intereses hasta la fecha de corte que determine; (ii) si el laudo no indica la fecha desde y hasta cuándo se computan los intereses, sino que, para obtener ese dato, es necesario revisar piezas del expediente, estas podrían ser tomadas en cuenta si pueden ser claramente determinadas a partir del laudo; y, (iii) en el caso del tipo y tasa de interés, no debieran presentarse inconvenientes si se trata de información pública; etc.

c) *Árbitros y centros de arbitraje*: los árbitros deben ser conscientes de su obligación de emitir laudos ejecutables.[59] Para ello, es esencial que se informen de los problemas a los que el ejecutante se enfrentará en un proceso judicial de ejecución y tomen las precauciones necesarias para evitar cuestionamientos a la ejecución de sus laudos.

En esta labor, los centros de arbitraje pueden tener un rol más activo. Por ejemplo, a través del escrutinio de los laudos que en la práctica del arbitraje internacional es utilizada para asegurar que los laudos serán ejecutables[60] o, en su defecto, a través de recomendaciones o directrices como el manual que hemos citado sobre la elaboración de laudos. En ese sentido, resulta interesante la incorporación de escrutinio de laudos en el reciente reglamento

---

59 ALESSI, Dario. «Enforcing Arbitrator's Obligations: Rethinking International Commercial Arbitrators' Liability». En *Journal of International Arbitration*, 2014, n.º 6, vol. 31, p. 766. «The final product of any arbitration is an enforceable final award. Enforceability of the award is the founding reason of the whole arbitration […] In rendering the award, the arbitrator must consider the risk of challenge or avoidance actions and act diligently to avoid there consequences».

60 RIVAROLA, José Domingo y Fabio NUÑEZ DEL PRADO. *Op. cit.*, pp. 107-109.

de arbitraje del Centro de Arbitraje de AmCham, vigente a partir de julio de 2021. El escrutinio consiste en el análisis del laudo para ser válidamente emitido, pudiendo la Corte de Arbitraje realizar recomendaciones, respetando la libertad de decisión de los árbitros. Esta es una buena oportunidad para que se realicen recomendaciones que permitan evitar o aminorar el riesgo de laudos inejectuables.

No obstante, reconocemos que aun con estos cuidados, podrían existir cabos sueltos que determinen la inejecutabilidad en sede judicial. Por esa razón, y conscientes de que se trata de un proceso que tarda más de lo que tomaría la ejecución arbitral, creemos indispensable buscar alternativas que —por lo menos— intenten reducir los problemas detectados en la ejecución a cargo de árbitros:

- S*obre la falta de cooperación de entidades públicas y privadas*: no consideramos que sea una opción dotar a los árbitros de facultades para pedir apoyo de la fuerza pública, ya que esta debe estar reservada solo al Estado[61] y sería sumamente peligroso. De igual modo, la facultad de ejecutar, mal utilizada, podría ser peligrosa aun cuando los árbitros no dispongan de la fuerza pública. Ordenar actos como inscripciones o embargos no requieren de *coertio*, pero pueden tener consecuencias graves. Sin embargo, en la medida que no existan impedimentos legales y se cuenten con las garantías necesarias, consideramos que una

61 «Algunas personas afirman que los árbitros deberían gozar de las más amplias facultades para ejecutar sus fallos, recurriendo, inclusive, al apoyo de la fuerza pública. Este punto de vista, que parecería a primera vista razonable, en el fondo creemos que es inviable y hasta peligroso. Solo imaginemos la posibilidad de que cualquier persona, premunida de un simple documento en el que supuestamente se le nombra como árbitro, proceda a solicitar el apoyo de la fuerza pública para realizar un embargo en forma de extracción, para rematar un bien, o para inscribir algún título en los registros públicos». CANTUARIAS, Fernando. «Ejecución de laudos arbitrales dictados en el Perú». *Op. cit.*, p. 210.

alternativa sería potenciar la actuación arbitral en ejecución frente a terceros de los que se requiere cooperación.

Con relación a impedimentos legales, salvo que se trate del uso de la fuerza pública o la afectación a terceros, no encontramos normas que de manera expresa o tácita impidan a entidades públicas o privadas a cumplir los requerimientos de un árbitro en ejecución de un laudo. La literalidad de una norma tampoco debiera ser un obstáculo: el hecho de que una norma, además de «sentencias» u «órdenes judiciales», no mencione expresamente «laudos arbitrales» no debería impedir que, bajo una interpretación acorde con el reconocimiento del arbitraje como jurisdicción, se entienda que tienen el mismo valor.

Esta interpretación sería, además, coherente con lo dispuesto en la cuarta disposición complementaria de la Ley de Arbitraje que establece que a partir de la entrada en vigencia de esa norma «todas las referencias legales a los jueces a efectos de resolver una controversia o tomar una decisión, podrán también entenderse referidas a un tribunal arbitral, siempre que se trate de una materia susceptible de arbitraje y que exista de por medio un convenio arbitral celebrado entre las partes». Dado que el producto de lo resuelto por un tribunal arbitral es un laudo, este debiera tener el mismo valor que una sentencia (u orden judicial) que es el producto de la actividad judicial.

Por otro lado, la segunda disposición complementaria de la Ley de Arbitraje establece que «Las instituciones arbitrales podrán celebrar convenios de cooperaciones con instituciones públicas y privadas a efectos de facilitar la ejecución de medidas cautelares o de laudos a cargo de tribunales arbitrales en el marco de este Decreto Legislativo». La norma

buscaba que en arbitrajes institucionales se promuevan alianzas que faciliten a las instituciones públicas y privadas el reconocimiento de la legalidad de las órdenes de los árbitros (en ejecución de laudo y medidas cautelares). Lamentablemente, a la fecha, no conocemos de algún convenio de cooperación.

Frente a ello, tenemos dos alternativas: (i) la primera es esperar a que los centros de arbitraje reconozcan las ventajas que podría traerles el ofrecer facilidades a sus clientes para la futura ejecución de laudos y busquen concretar estos convenios; y, (ii) la segunda, promover legislativamente los seguros necesarios para que las instituciones (públicas y privadas) acaten las órdenes, sin que exista riesgo de incurrir en irregularidades. Esto segundo es mucho más complicado y, lamentablemente, podría abrir la puerta a otros intentos de «reforma» de la Ley de Arbitraje que en los últimos años ha generado más retrocesos que aciertos.

En todo caso, algunos criterios a considerar podrían ser los siguientes: (a) evaluar si estas medidas serían aplicables tanto a arbitrajes institucionales como *ad hoc*; (b) no podría tratarse de actuaciones que impliquen el uso de la fuerza pública; (c) tendría que existir un convenio arbitral celebrado entre las partes y un acuerdo para ejecutar el laudo; (d) no podrían aceptarse actuaciones que afecten a terceros.[62] Algunos seguros adicionales podrían ser los dispuestos en la normativa de Registros Públicos para la calificación de laudos e inscripciones en mérito de laudos emitidos

62 No nos referimos a partes no signatarias debidamente declaradas según el artículo 14 de la Ley de Arbitraje, a las que sí se podrían afectar.

en arbitraje institucional *ad hoc* e institucional,[63] como la exigencia de protocolización de laudos y constancia de notificación, así como la inclusión de los datos de los árbitros. En el caso de la norma que comentamos, estos inclusive asumen responsabilidad.

- *Sobre el poco uso de la ejecución arbitral*: debiera ser revertido a partir de una mayor consciencia de las partes y abogados sobre las complicaciones que se pueden presentar luego de emitido un laudo. Los centros de arbitraje tienen también un rol importante. No debería bastar con prever la ejecución arbitral en sus reglamentos, sino que se requiere mayor interés y difusión sobre costos y, de ser el caso, procedimientos aplicables en esta etapa, de modo que las partes puedan decidir si encuentran conveniente la ejecución arbitral.

  Inclusive, encontramos recomendable cambiar la regla prevista en el artículo 67, numeral 1, de la Ley de Arbitraje, respecto a la necesidad de un pacto para dar al tribunal la facultad de ejecutar laudos. En su lugar, creemos que sería más útil si, por defecto, los árbitros tienen la facultad de ejecutar sus decisiones, salvo pacto en contrario, de modo que el ejecutante pueda solicitar la ejecución arbitral, salvo que considere conveniente o necesario iniciar un proceso judicial de ejecución. Lo previsto en el numeral 2 permanecería igual, estableciendo que «Se exceptúa de lo dispuesto en el numeral anterior, el caso en el cual, a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública. En este caso, cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la parte interesada, a costo de esta, copia de los

[63] Nos referimos a las disposiciones de los artículos 10-A, 32-A y 51-A del Reglamento General de los Registros Públicos.

actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución». Así, los árbitros también tendrían la posibilidad de evaluar si requieren el uso de la fuerza o la encuentran conveniente, en cuyo caso la controversia pasaría al Poder Judicial.

La posibilidad que los árbitros tengan esta facultad por defecto, según comenta Bullard,[64] generó una gran discusión al interior de la comisión a cargo de la elaboración del proyecto. Si bien primó la posición reflejada en la Ley, esto es que la ejecución es por pacto, consideramos que las razones podrían ser reevaluadas. Según comenta Bullard, las razones fueron: (i) «los árbitros no tienen habilidades especiales para ejecutar; principalmente porque carecen de facultades de coacción»; sin embargo, como el autor reconoce, la decisión parece contradictoria puesto que la propia norma reconoce que los árbitros pueden ejecutar medidas cautelares que igualmente son decisiones, pero sujetas a provisoriedad. Por otro lado, no discutimos que efectivamente la ejecución a cargo de los árbitros no puede implicar coacción; (ii) «la ejecución por árbitros puede generar verdaderos cuellos de botella, que pueden hacer interminable el arbitraje». En efecto, el arbitraje se alargaría; sin embargo, frente a las implicancias de una ejecución judicial, creemos que es preferible; (iii) «no se encuentra recogido como una práctica internacional ni legislativa». Esto es cierto, pero también lo es que la legislación puede ser adaptada para responder a nuestra realidad; y, finalmente, (iv) «los honorarios de los árbitros no corresponden ni cubren, según la práctica, actos de ejecución»; sin embargo, este problema quedaría solucionado con honorarios adicionales.

64 BULLARD, Alfredo. «Comentarios al artículo 67». *Op. cit.*, p. 746.

La regla sería que si así lo solicita el ejecutante, los árbitros asumirían la ejecución, quedando siempre la posibilidad que los árbitros también evalúen si pueden o es conveniente asumirla por razón de necesidad del uso de la fuerza pública. Sin embargo, dado que los problemas más graves que encontramos en el Poder Judicial se refieren a liquidación de montos y estos definitivamente no requieren del uso de la fuerza, por lo menos, en este aspecto, los árbitros podrían realizar hacerse cargo y dejar para la ejecución judicial actuaciones en que realmente sea necesaria o conveniente el uso de la *coertio* (la ejecución forzada propiamente dicha, de ser necesario y se requiera el uso de la fuerza pública).

d) *Observaciones para el caso de ejecución contra el Estado*: sin ánimo de exhaustividad, pues desarrollar este tema podría tomar un trabajo aparte, consideramos importante tener en cuenta lo siguiente:

- Nuestra propuesta sería útil por lo menos en la etapa previa al procedimiento especial que el ejecutante debe seguir para cobrar al Estado, en la que deben resolverse cuestiones de puro derecho como evaluar una oposición a la demanda de ejecución.

- La regulación del procedimiento especial tiene una serie ineficiencias que debieran ser resueltas. Entre otras:[65] (i) sería útil contar con un registro público accesible desde una página web, que permita conocer las deudas que cada entidad tiene registrada. Esto sería útil no solo por transparencia,

65 Algunas de estas propuestas son comentadas en: ABAD, Samuel. «Cuando el Estado no cumple: el difícil camino para ejecutar una sentencia en los procesos contencioso administrativos». En PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. *El derecho administrativo y la modernización del Estado peruano: ponencias presentadas en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Administrativo (Lima, 2008)*. Lima: Grijley, 2008, pp. 35-38.

sino para que los privados sepan con quién están contratando y la expectativa que tienen de cobrar rápido; (ii) los plazos legales para el cumplimiento de sentencias son largos; (iii) no hay facilidad en el acceso a información, por parte de ejecutantes y jueces para determinar qué bienes pueden ser embargados por no ser de dominio público y un largo etcétera.

5. CONCLUSIONES

Existen diversos problemas a los que se enfrentan partes y abogados en un proceso de ejecución judicial de laudo que pueden generar que el arbitraje no sea un mecanismo de solución de controversias eficaz. Para evitar resultados no deseables resulta indispensable tomar conciencia de los problemas más usuales, los cuales describimos en el presente trabajo, y la cooperación por parte de todos los frentes, incluyendo las propias partes, abogados, árbitros, centros de arbitraje, jueces, y distintas entidades públicas y privadas que de alguna u otra manera pueden terminar involucradas en estos procesos. Fortalecer la ejecución arbitral como una alternativa a la ejecución judicial es también una alternativa que no debe ser perdida de vista, aunque muchas veces se asuma que la ejecución necesariamente implica pasar por el Poder Judicial. El objetivo es buscar caminos que promuevan la eficacia del arbitraje.

6. BIBLIOGRAFÍA

ABAD, Samuel. «Cuando el Estado no cumple: el difícil camino para ejecutar una sentencia en los procesos contencioso administrativos». En PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. *El derecho administrativo y la modernización del Estado peruano: ponencias presentadas en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Administrativo (Lima, 2008)*. Lima: Grijley, 2008, pp. 17-39.

ALESSI, Dario. «Enforcing Arbitrator's Obligations: Rethinking International Commercial Arbitrators' Liability». En *Journal of International Arbitration*, 2014, n.º 6, vol. 31, pp. 735-784.

ARRARTE, Ana María. «Apuntes sobre la ejecución de laudos arbitrales y su eficacia a propósito de la intervención judicial». En *Ius et Veritas*, 2003, n.° 27, pp. 23-36.

ARRARTE, Ana María. «Apuntes sobre el debido proceso en el arbitraje: la anulación de laudo y el proceso de amparo». En *Ius et Veritas*, 2007, n.° 35, pp. 70-90.

BULLARD, Alfredo. «Perú: El arbitraje peruano es una historia de éxito». En *El Comercio*, el 22 de agosto de 2015. Recuperado de <https://www.elcato.org/peru-el-arbitraje-peruano-es-una-historia-de-exito>.

BULLARD, Alfredo. «Comentarios al artículo 67». En AA. VV. *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I.

CANTUARIAS, Fernando. «Ejecución de laudos arbitrales dictados en el Perú». En *Derecho & Sociedad*, 2005, n.° 25, pp. 209-2014.

CANTUARIAS, Fernando. «Comentarios al artículo 54». En AA. VV. *Comentarios a la ley peruana de arbitraje.* Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I.

CASTILLO, Mario. «El arbitraje después del arbitraje». En *Ius et Veritas*, 2017, n.° 54, pp. 200-209.

DARMON, Marco; LLOYD, Humphrey; ANCEL, Jean-Pierre; DERVAIRD, Lord; LIEBSCHER, Christopher y Herman VERBIST. *Manual de redacción de*

laudos en el marco de arbitrajes conforme al Reglamento de la CCI, 2005. Recuperado de <https://www.iccmex.mx/uploads/uploads/arbitraje2015/lineamientos/15-RedacciondelaudosenelmarcodearbitrajesconformealReglamentodelaCCI.pdf>.

LEDESMA, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, tomo III.

LEDESMA, Marianella. «Ejecución de laudos ilíquidos en sede judicial». En *Arbitraje PUCP*, 2012, n.° 2, pp. 17-18. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/9367>.

LÓPEZ, Jorge. «El registro de valores mobiliarios en cuenta. El arbitraje como hermano menor del Poder Judicial». En *Enfoque Derecho*, 7 de junio del 2017. Recuperado de <http://www.enfoquederecho.com/2017/06/07/el-registro-de-valores-mobiliarios-anotados-en-cuenta-el-arbitraje-como-hermano-menor-del-poder-judicial/>.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. *Boletín de la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento* Jurídico. Diciembre de 2014, n.° 6.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. Informe N° 009-2019-EF/51.01, 2019.

PRIORI, Giovanni. «Del derecho de acción a la efectiva tutela jurisdiccional de los derechos». En *Ius Et Veritas*, 2014, n.° 49, pp. 146-161.

PRIORI, Giovanni. «La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso». En *Ius Et Veritas*, 2003, n.° 13, pp. 273-292.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. «Eficacia». En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado de <https://dle.rae.es/eficacia>.

RIVAROLA, José Domingo y Fabio NUÑEZ DEL PRADO. «*Nulla executio sine titulo*: el escrutinio de los laudos en la práctica del arbitraje internacional como mecanismo para optimizar la ejecución de los laudos en el Perú». En *Derecho PUCP*, 2017, n.° 78, pp. 69-113.

WONG, Julio. «Algunos criterios judiciales (nuevos y viejos) sobre el proceso de ejecución de laudo». En *Actualidad Civil,* 2016, n.° 28, pp. 27-36.

THE ROLE OF ARBITRATION AND ADR IN THE RACE TO NET ZERO

Asya Jamaludin [*]

Right now, we are facing a man-made disaster of global scale. Our greatest threat in thousands of years: climate change. If we don't take action, the collapse of our civilization and the extinction of much of the natural world is on the horizon.
Sir David Attenborough
COP24, Katowice, Poland, 3 December 2018

Summary: 1. Introduction.— 2. The race to net zero.— 3. Climate change disputes - recent trends.— 4. Climate change disputes - future trends.— 5. The role of arbitration and ADR in resolving climate change disputes.— 5.1. Procedural Flexibility.— 5.2. Internationality & Neutrality.— 5.3. Selection of Expert Resolvers.— 5.4. Enforceability.— 6. The green pledge by the arbitration community.— 7. Conclusion.

1. INTRODUCTION

Climate change is proving to be the defining issue in the coming decade. The threat referred to in those cautionary words uttered by Sir David Attenborough in 2018 has not abated. In fact, it could be say that the threat has increased and the need to take action has become more pressing.

[*] Counsel, CMS Cameron McKenna Nabarro Olswang (Singapore) LLP.

Never has a global call to action taken on more urgency than the fight to save our planet from the impacts of greenhouse gas emissions. Recent reports show that the efforts we have taken over the past twenty years were half-hearted at best. The 2021 Emissions Gap Report by the United Nations Environment Programme, which is a report on the difference between what the world is doing and what it needs to be doing to tackle climate change, shows that the world is on track for a global temperature rise, and that the Earth's climate is heading to catastrophic changes. The net-zero pledges made by nations were not enough to meet the goals of the Paris Agreement signed in 2015.

The Glasgow Climate Pact agreed in November 2021 at COP26 shows increased ambition and action by nations to reduce greenhouse gas emissions. Nations have agreed to revisit their national climate targets by 2022, instead of waiting for the usual five years provided for under the Paris Agreement. This agreement by governments and policy makers to step up efforts to tackle climate change will impact all sectors and aspects of society. As more policies are put in place and become legislation, we can expect an increase in issues surrounding the correct interpretation or impact of climate change related legislation.

There has already been an increase in climate change litigation since the signing of the Paris Agreement, not least as a means to challenge government inaction. There has also been an increase in shareholder activism as a means of influencing corporate behaviour. Nonetheless, as the words and plans of the Glasgow Climate Pact are put into place, and investments and funds are channelled towards efforts to reduce greenhouse gas emissions, whether by investing in climate technology or in the carbon markets, commercial relationships will be tested, and commercial disputes will inevitably arise, giving rise to a new type of climate change disputes.

This article will discuss the role that can be played by arbitration and ADR in supporting the climate agenda, and in supporting the race to

achieve net zero. This is separate to the role currently played by national courts and tribunals and investment treaty arbitration in resolving climate change related disputes.

After this Introduction section, Section 2 of this article will briefly outline the historical developments of the climate agenda in order to provide an understanding of how the climate agenda has progressed over the past 50 years. Section 3 of this article will discuss the recent trends in climate change disputes, while Section 4 will consider what we can expect the shape of climate change disputes to look like in the coming years, based on the developments discussed in Sections 2 and 3. Section 5 will then discuss how arbitration and other ADR methods could contribute to the resolution of future climate change disputes, and in doing so, contribute to the success of the climate agenda. Finally, Section 6 will discuss the role the arbitration community must also play in the fight to tackle climate change with respect to how the arbitration process is conducted. As will be apparent in this article, the urgent race to net-zero is one that impacts all aspects of society. The arbitration community cannot fully effectively contribute to the efforts to combat climate change if it does not address its own carbon footprint.

The views expressed in this article and the conclusions reached herein are the author's own.

2. THE RACE TO NET ZERO

Up until the late 1960s and early 1970s, the environment and natural resources were mainly discussed in the context of their adequacy to contribute to the economic development of the human population.[1] Whenever discussions were held regarding the depletion of natural resources, they were mainly focussed on how such resources could be managed so as to ensure the economic and social development of

[1] Available at <https://www.un.org/en/chronicle/article/stockholm-kyoto-brief-history-climate-change>.

communities and societies. The issue of the *preservation* and *enhancement* of the human environment only started receiving serious attention at the United Nations Economic and Social Council held in May 1968 and the First Earth Summit held in Stockholm in 1972. The declaration adopted at the First Earth Summit raised the issue of climate change for the first time - warning Governments to be mindful of activities that could lead to climate change and to evaluate the likelihood and magnitude of climatic effects.[2]

Climate change only become a central issue in its own right in 1988 when the UN General Assembly identified climate change as a specific and urgent issue and the Intergovernmental Panel on Climate Change («IPCC»)[3] (a forum for the examination of greenhouse warming and global climate change) was established. [4]

Soon after, the United Nations Framework Convention on Climate Change («UNFCCC») opened for signature at the Rio Earth Summit in 1992 and came into force on 21 March 1994. It has now been ratified by 197 countries. The UNFCC has the objective of achieving the «stabilization of greenhouse gas concentrations in the atmosphere at a level that would prevent dangerous anthropogenic interference with the climate system» while recognising that «such a level should be achieved within a time-frame sufficient to allow ecosystems to adapt naturally to climate change, to ensure that food production is not threatened and to enable economic development to proceed in a sustainable manner». It also puts the onus on industrialised nations to lead the way by reducing

---

2 Available at <https://www.un.org/en/chronicle/article/stockholm-kyoto-brief-history-climate-change>.

3 The IPCC is the United Nations body for assessing the science related to climate change. It was set up in 1988 by the World Meteorological Organization (WMO) and United Nations Environment Programme (UNEP) to provide policymakers with regular assessments of the scientific basis of climate change, its impacts and future risks, and options for adaptation and mitigation. IPCC assessments in turn provide governments at all levels with a scientific basis to develop climate-related policies. – Source <https://www.ipcc.ch/about/>.

4 Available at <https://www.un.org/en/chronicle/article/stockholm-kyoto-brief-history-climate-change>.

emissions to 1990 levels by the year 2020 and to support climate change activities in developing countries by providing financial support for action on climate change, above and beyond any financial assistance they already provide to such countries.

Since this relatively slow start by the United Nations and the international community, the climate change agenda has now taken a prominence and is at the forefront of our political, business, public and private decisions. Efforts to increase the sustainability of development and progress as well as to mitigate the impacts of climate change started gaining momentum.

On 25 September 2015, the United Nations General Assembly adopted the United Nations Resolution «Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development» (the «2030 Agenda») which set, as a plan of action for people, planet and prosperity, 17 Sustainable Development Goals («SDGs») and 169 associated targets, to be achieved over a 15-year period. The SDGs, a collection of 17 interlinked goals, were intended to stimulate action in areas of critical importance for humanity and the planet in order to «(achieve) sustainable development in its three dimensions – economic, social and environmental – in a balanced and integrated manner».[5] SGD 13 is to «take urgent action to combat climate change and its impacts». 12 of the 17 SDGs have direct involvement with climate change.[6] Strong climate action will therefore have a direct impact on the achievement of the Sustainable Development Goals by the 2030 target.

On 12 December 2015, the Paris Agreement was adopted by 169 nations at the 21st Conference of the Parties[7] to the UNFCCC in Paris. It included the aim of strengthening the global response to the threat of

5 United Nations General Assembly Resolution A/RES/70/1, page 3/35, para 2.

6 Available at <https://www.un.org/sustainabledevelopment/climate-change/>.

7 Conference of the Parties (COP) is the supreme body of the United Nations Framework Convention on Climate Change. It currently meets once a year to review the Convention's progress.

climate change by «holding the increase in the global average temperature to well below 2°C above pre-industrial levels and pursuing efforts to limit the temperature increase to 1.5°C above pre-industrial levels». Under the Paris Agreement, nations are required to set its own national plans on cutting greenhouse gas («GHG») emissions by 2030, known as nationally determined contributions («NDCs»), every five years.

In October 2018, in response to an invitation requested under the Paris Agreement, the IPCC produced a Special Report on Global Warming of 1.5 (SR15) (the «IPCC 2018 Climate Report») on the «impacts of global warming of 1.5 °C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways».[8] The IPCC 2018 Climate Report reported that in order to facilitate the achievement of the 2030 Agenda and the SDGs, global net human-caused emissions of carbon dioxide («CO_2») would need to fall by about 45 percent from 2010 levels by 2030, and reach «net zero» around 2050. It pointed out that a number of climate change impacts could be avoided by limiting global warming to 1.5ºC compared to 2ºC, or more. By way of example, global mean sea level rise was projected to be around 10 centimetres lower by 2100 with global warming of 1.5ºC compared to 2ºC. Increases in ocean temperature and ocean acidity would be reduced, as will decreases in ocean oxygen levels, consequently reducing risks to marine biodiversity, fisheries, and ecosystems, and their functions and services to humans. As pointed out by Priyardarshi Shukla, Co-Chair of the IPCC Working Group III which produced the Report, «Limiting global warming to 1.5°C compared with 2°C would reduce challenging impacts on ecosystems, human health and well-being, making it easier to achieve

8 The report's full name is «Global Warming of 1.5°C, an IPCC special report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty».

the United Nations Sustainable Development Goals».[9] It also reported that limiting global warming to 1.5ºC would require «rapid and far-reaching» transitions and unprecedented changes in all aspects of society.

Despite this warning by the IPCC 2018 Climate Report that rapid and far-reaching transitions and changes were needed, it appears that nations were not taking adequate actions fast enough. The climate agenda took an even more urgent turn with the release of the first instalment of the IPCC's Sixth Assessment Report,[10] *Climate Change 2021: the Physical Science Basis* on 9 August 2021 (the «IPCC 2021 Climate Change Report») which found that unless there are immediate, rapid and large-scale reductions in GHG emissions, limiting warming to close to 1.5°C or even 2°C will be beyond reach.[11] The report states that in almost all emissions scenarios, global warming is expected to hit 1.5°C «in the early 2030s».

The United Nations Environment Programme («UNEP») 2021 Emissions Gap Report[12] released in October 2021 makes for an even more sobering read. The UNEP Emissions Gap Report is an annual report which provides an overview of the difference between where GHGs are predicted to be in 2030 and there should be in to avert the worst impacts of climate change. The 2021 Emissions Gap Report reports that despite a brief dip in 2020 due to the COVID-19 pandemic, global CO_2 emissions are bouncing back to pre-COVID levels and

9 IPCC PRESS RELEASE dated 8 October 2018, «Summary for Policymakers of IPCC Special Report on Global Warming of 1.5ºC approved by governments». Available at <https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/11/pr_181008_P48_spm_en.pdf>.

10 The IPCC has previously published five sets of assessment reports. The sixth assessment report was led by South Korean economist Professor Hoesung Lee, and as with the other five reports, was divided into three working groups: - (1) Working Group I (WG1): The physical science basis; (2) Working Group II (WG2): Impacts, adaptation and vulnerability; and (3) Working Group III (WG3): Mitigation of climate change. The IPCC 2021 Climate Change Report is the report by WG1.

11 Available at <https://www.ipcc.ch/2021/08/09/ar6-wg1-20210809-pr/>.

12 United Nations Environment Programme (2021). *Emissions Gap Report 2021: The Heat Is On – A World of Climate Promises Not Yet Delivered*. Nairobi.

concentrations of GHGs in the atmosphere continue to rise. It reports that the updated NDCs under the Paris Agreement,[13] even combined with other mitigation pledges, are insufficient to keep global warming below 1.5°C and the world is still heading for a temperature rise of 2.7°C this century. In order to meet the aspirational Paris Agreement goal of limiting global warming to 1.5°C, the 2021 Emissions Gap Report states that the world has eight years to remove an additional 28 gigatonnes of CO_2 equivalent (Gt CO_2e) off annual emissions, over and above what has been promised by the updated NDCs and other commitments, and this is equivalent to almost halving current GHG emissions.

The 2021 Emissions Gap Report did identify several methods to close the emissions gap, namely – (i) the effective implementation of net-zero emissions pledges by nations which could reduce global warming by a further 0.5°C (relative to the projections that only take into account the NDCs and other mitigation commitments referred to above); (ii) the reduction of methane emissions, the second largest contributor to global warming; and (iii) the use of carbon market mechanisms (carbon tax, cap and trade and voluntary transactions) with clearly defined rules designed to ensure that transactions reflect actual reductions in emissions, and are supported by arrangements to track progress and provide transparency.

At the recent Conference of Parties, held in Glasgow, COP26, the Glasgow Climate Pact was signed after intense negotiation with nearly 200 countries agreeing to speed up the pace of climate action. The Paris Agreement goals of 1.5°C were kept alive and all countries agreed to revisit and strengthen their NDCs in 2022, as opposed to waiting for five years as required under the Paris Agreement. Nations also agreed to accelerate efforts to phasedown unabated coal power and phase-out of inefficient fossil fuel subsidies and to transition towards low-emission

[13] As at 30 September 2021, 120 countries, representing about 51 per cent of greenhouse gas emissions, had communicated new or updated NDCs. In addition, three countries have announced some form of new climate action for 2030.

energy systems. It was also agreed that more funding will be mobilised to developing countries that need the support in order to scale up investments in climate action and adaptation. Parties also set down rules of a global carbon market pursuant to which countries can trade carbon offset credits representing emission cuts by others under the Article 6 of the Paris Agreement. It was considered that a robust carbon market could potentially generate trillions of dollars that could be channelled towards funding sustainable and renewable energy projects.

What is evident from the above snapshot of the historical development of the climate change agenda is that efforts to reduce GHG emissions and limit global warming has taken on an increased urgency. The important message that has come out of COP26 is that without change, current policies would lead to a devastating temperature rise, and that full, rapid implementation of the collective Glasgow Climate Pact commitments is required in order to close the vast emissions gap.

In this critical decade during which the world must dramatically reduce GHGs, there will need to be extensive policy, legal, technological and market changes. As stated above, current global policies do not achieve the Paris Agreement goals. Huge shifts in the core businesses of financial institutions and companies in the oil & gas and energy, transportation, and infrastructure sectors are required as climate finance is mobilised, capital is reallocated, and low-emission energy and clean power generation systems are deployed. As recognised by the Glasgow Climate Pact,[14] international collaboration on innovative climate action, including technological advancement, across all actors of society, sectors and regions, is crucial in order to achieve the Paris Agreement goals.

This will inevitably have an impact on parties' social and commercial relationships. Judging from the developments surrounding the climate

14 Article VIII, paragraph 53 of the Glasgow Climate Pact. Available at <https://unfccc.int/documents/310475>.

agenda in recent years, this acceleration and shift of focus will in turn have an effect on the nature and complexion of climate change disputes.

3. CLIMATE CHANGE DISPUTES - RECENT TRENDS

Even prior to the recent release of the IPCC 2021 Climate Change Report and UNEP's 2021 Emissions Gap Report referred to above, there has been a steady increase in the number of climate related disputes. UNEP's «Global Climate Litigation Report: 2020 Status Review» released in January 2021[15] found that climate cases had nearly doubled between 2017 and 2020 and that they were increasingly used to compel governments and corporate actors to implement their climate commitments, as well as pursue more ambitious climate change mitigation and adaptation goals.

The UNEP Global Climate Litigation report also found that the background of plaintiffs was becoming increasingly diverse (no longer just NGOs but now included political parties joined by children, senior citizens, migrants, and indigenous peoples, those who are particularly vulnerable to climate change, enduring extreme weather, rising sea levels, and pollution) and that the range of legal theories was expanding.

It also reported that future global climate litigation would likely revolve around: (i) consumer and investor fraud claims against companies for failure to disclose, or for disclosing misleading, information about climate risk; (ii) pre- and post-disaster cases premised on a defendant's failure to properly plan for or manage the consequences of extreme weather events; (iii) the proper implementation of courts' orders as more cases are filed and some reach a conclusion; (iv) the law and science of climate attribution as more cases seek to assign responsibility for private actors' contributions to climate change and argue for greater government action to mitigate; and (v) the

15 Available at <https://www.unep.org/resources/report/global-climate-litigation-report-2020-status-review>.

proliferation of cases being brought before international adjudicatory bodies.

These findings are echoed in the latest climate change litigation report by Joana Setzer and Catherine Higham of the Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and the Centre for Climate Change Economics and Policy (the «Grantham Institute») published in July 2021 which reported that climate change litigation continues to grow in importance as a way of either advancing or delaying effective action on climate change.

Since 2019, the Grantham Institute has reviewed data related to climate change litigation and published a «Global Trend in Climate Change Litigation» report which aims to provide an update on the number and types of cases being filed, as well as consider some of the most relevant trends in the arguments and strategies employed by litigants. The Global Trends in Climate Change Litigation: 2021 Snapshot Report[16] (the «2021 Global Trends Report») reviews key global development in climate litigation over the period May 2020 to May 2021.[17]

The 2021 Global Trends Report identified that the cumulative number of climate change-related cases has more than doubled since 2015, the year of the Paris Agreement. Cases are also being filed for the first time in new jurisdictions- while a majority of the ongoing or concluded cases reviewed were filed before the courts in the United

16 Setzer J and Higham C (2021) *Global trends in climate change litigation: 2021 snapshot*. London: Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science.

17 For the purposes of the 2021 Global Trends Report, climate change litigation or climate litigation was defined as lawsuits that: (i) were generally brought before judicial bodies (though in some exemplary instances matters brought before administrative or investigatory bodies are also included), and (ii) raise an issue of law or fact regarding the science of climate change and/or climate change mitigation and adaptation policies or efforts as a main or significant issue. The report did not include cases that make only a passing reference to climate change but do not address climate-relevant laws, policies or actions in a meaningful way; nor cases that may have a direct impact on climate change, but do not explicitly raise climate issues.

States, cases were being filed for the first time in jurisdictions such as Guyana and Taiwan, as well as the East African and European Courts of Human Rights. The number of strategic cases (cases which aim to bring about some broader societal shift by advancing climate polices, creating public awareness or changing government or industry actors' behaviour) is dramatically on the rise, suggesting that climate litigation is being used as an advocacy tool. Equally, the 2021 Global Trends Report does not suggest a corresponding drop in non-strategic cases (i.e. cases where the issues involved are primarily of relevance only to the parties involved).

The 2021 Global Trends Report further notes that cases are being used to challenge the adequacy of climate action by government; and increasingly cases are being brought on human rights grounds. A small but growing number of cases are targeting a wider variety of private sector and financial actors, seeking to establish corporate liability. Similar to the finding by the UNEP Global Climate Litigation report, there is increasingly more diversity in the arguments being used. Importantly, it expects the range of claims and defendants will continue to diversify as will litigation against governments and major emitters that fail to adopt serious long-term strategies underpinned by concrete plans and short-term emissions reduction targets (including for acts and omissions up and down their value chains).

4. CLIMATE CHANGE DISPUTES - FUTURE TRENDS

This trend can only continue at an upwards trajectory. If there was a doubling of cases after the signing of the Paris Agreement, we can only expect more after COP26. At the start of COP26, Barbados Prime Minister Mia Mottley warned the global community that a rise in global temperatures of 2°C would mean a «death sentence» for island nations

like Barbados, due to rising sea levels and more extreme weather.[18] However, as stated above, the Paris Agreement goal of 1.5 °C can be achieved, but only if there is concerted and immediate global efforts to implement the Glasgow Climate Pact, combined with increased ambition and action from countries.

This increase in cases being filed against governments, corporates, and major carbon emitters, as well as the expansion of human rights arguments in climate cases mean that national courts and tribunals will continue to have an important role in the allocation of the costs and burden of climate action,[19] and will be increasingly relevant to our efforts in addressing climate change. The consequences of decisions by national courts and tribunals will also have a knock on impact on the relationship of commercial parties and its impact ought not to be understated. As identified by the UNEP Global Climate Litigation report, the proper implementation of courts' orders as more cases are filed and some reach a conclusion is one of the areas of future global climate litigation.

Separately, the 2021 Global Trends Report identified that value chain litigation – i.e. where claimants seek to hold companies responsible for acts and omissions in their value chains and/or supply chains - as one of the areas to watch. This is an example of how the proper implementation of court orders will affect our future behaviour.

The extension of value chain litigation would be an impact of the May 2021 decision by the District Court of the Hague in the ground-breaking case of *Friends of the Earth Netherlands (Milieudefensie) v Shell*.[20] In a lawsuit brought against the Dutch-based oil and gas multinational Shell

---

18 Reported here <https://www.bbc.com/news/av/world-59117750> and here <https://climatetracker.org/barbados-pm-warns-of-death-sentence-for-low-lying-states-if-climate-change-not-controlled/>.

19 Setzer J and Higham C (2021) *Global trends in climate change litigation: 2021 snapshot*. London: Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science, page 37.

20 Reported here <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/milieudefensie-et-al-v-royal-dutch-shell-plc/>.

by more than 17,000 co-plaintiffs led by Milieudefensie, the plaintiffs claimed that Shell's business operations were unlawful, and that the company should reduce its emissions in accordance with the goals of the Paris Agreement. While the court did not find that Shell's business operations were unlawful, the court did order Shell to reduce its CO_2 emissions by 45 % from 2019 levels by 2030, as a way to secure that global warming is limited to 1.5 °C. The court ruled that Shell not only has an obligation to reduce its own emissions, but also a '*significant best-efforts obligation'* to reduce emissions along its entire value chain, including those of its suppliers and consumers, i.e., its 'Scope 3' emissions based on the Greenhouse Gas Protocol («GHG Protocol»), the most widely used carbon accounting standard.[21]

As pointed out in the Grantham 2021 Global Trends Report, the international standards and the common facts that comprise the basis of the *(Milieudefensie) v Shell* case makes it replicable and that the risk of litigation against companies that set net-zero targets without credible short-term action will increase. In fact, this can be seen in the claim filed against oil and gas giant Santos in the Australian Federal Court by the Australasian Centre for Corporate Responsibility («ACCR»)[22] alleging that Santos' claims that natural gas is «clean fuel» that provides «clean energy» is a misrepresentation of the true effect of natural gas on the climate. ACCR is also challenging Santos' claims that it has a clear and credible plan to achieve net zero emissions by 2040 and that these misrepresentations are in violation of Australian consumer protection and corporations laws.

---

21 Greenhouse Gas Protocol (GHG Protocol) was jointly convened in 1998 by World Business Council for Sustainable Development (WBCSD) and World Resources Institute (WRI). Based on the GHG Protocol, lifecycle GHG emissions can be divided and divided and measured according to three 'scopes' - Scope 1 emissions are direct emissions from owned or controlled sources; Scope 2 emissions are indirect emissions from the generation of purchased energy; and Scope 3 emissions are all indirect emissions (not included in scope 2) that occur in the value chain of the reporting company, including both upstream and downstream emissions.

22 Available here <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/australasian-centre-for-corporate-responsibility-v-santos/>.

The immediate repercussion of the *Milieudefensie v Shell* case is that companies will be increasing and doubling up efforts to decarbonise not only its operations, but also its supply chain. Companies and businesses (and not just major emitters) will be expected to take responsibility of their carbon footprint and reduce their emissions so as to achieve net zero, or as close to zero as possible.

It is beyond the scope of this article to discuss all the efforts and change that need to be implemented by companies in order to become carbon neutral. However, broadly, the efforts will need to be two-pronged – by investing in technology and energy transition projects, and the carbon offsets market. In terms of reducing GHG emissions in the atmosphere, an organisation could either (i) stop emitting carbon, or (ii) invest or purchase an equivalent emission-reducing activity. As identified by the 2021 Emissions Gap Report referred to above, the use of carbon market mechanisms (carbon tax, cap and trade and voluntary transactions) would be one method of closing the emissions gap.

These efforts by companies to decarbonise and achieve its net-zero targets will inevitably result in commercial disputes which are separate and in addition to the type of claims filed by NGOs, members of the public and shareholders against emitters such as in the *Milieudefensie v Shell* case.

As mentioned, there will be increased activity in the infrastructure, construction, transportation, and energy sectors as companies step up their efforts either as means of meeting their own net-zero goals, or simply as a way to prevent claims. In climate technology or energy transition projects, companies will in essence be looking at multiple levers to reduce its CO_2 emissions. For example, energy companies will be looking to increase efficiency of its energy producing facilities so that it produces less CO_2, diversifying to renewable clean energy, or investing in new technology like CCS (carbon capture & storage) whereby CO_2 that is released by the hydrocarbon is trapped and stored underground,

and CCSU (carbon capture, storage and utilisation) where the CO_2 is then recycled for further use. Airlines and other transportation companies will be looking at zero-emissions technologies, sustainable fuels and green hydrogen.

These transactions involve nascent technology. In view of the amount of emissions that need to be reduced and the speed within which it needs to be dome, these transactions and projects need to work «first time». There is almost no room for error, and parties cannot afford to delay the commencement and completion of the project while issues and/or disputes are resolved.

The same considerations apply when companies and businesses increase their participation in the carbon markets. Companies will be «offsetting» the CO_2 or GHGs it produces by purchasing a carbon offset from a company that removes carbon from the atmosphere as part of its normal business activity (for example through land restoration). These transactions have their own unique considerations and complications. Other than complaints about the business of carbon offsets itself, (e.g., issues of greenwashing, and demonstration of carbon savings and climate impact), the carbon offset transaction will also raise questions such as additionality,[23] quantification,[24] permanence,[25] ownership[26] and co-benefits/harms.[27]

In addition, we could also expect issues with respect to property and IP rights, in view of the new technology that is being developed and will be applied in the next five years. Further, as governments increase

---

23 Additionality relates to the ability to prove and demonstrate that the project would not otherwise occur under business as usual.

24 Quantification relates to the method of quantifying emission reductions.

25 Permanence relates to issues around «reversal» due to project failure.

26 Ownership relates to issues around the retirement of credits, and the need to ensure that the offset credits are irreversible and clearly indicated.

27 Co-benefits/harms relate to the risks of the carbon offset project to local communities.

regulation and policies, there will be issues related to price as parties grapple with their commercial impact.

The next section of this article will explore how these commercial disputes would be better suited to be resolved by way of commercial arbitration and ADR.

5. THE ROLE OF ARBITRATION AND ADR IN RESOLVING CLIMATE CHANGE DISPUTES

Climate change and environmental related disputes have ordinarily been within the purview of litigation, as well as investment treaty arbitration. The public interest nature of such disputes lend themselves well to being judged and played out in the public arena. As discussed above, there has been an increase in strategic cases which seek to influence government policy and behaviour, as well as shareholder activism which seek to hold major companies accountable. As stated by Michael Burger, Executive Director of the Sabin Center for Climate Change at Columbia Law School, «Climate litigation is a key lever for keeping governments and corporations on task in the fight to combat climate change». The courts will give a voice to persons and societies impacted by climate policies and decisions. As such, these types of cases would be better resolved in the public forum of national courts and tribunals.

While judges and national courts have an essential role to play in the climate agenda, the changing nature of climate claims and the urgency with which transition, mitigation and adaptation is required in order to meet the Paris Agreement goals means that international arbitration and ADR will also have an important role to play in the race to net zero.[28]

The sectors that will need to step up their efforts in decarbonising their business are sectors such as infrastructure, construction,

[28] For the purposes of this article, ADR will focus on the use of dispute boards and mediation as a method to resolve international commercial disputes.

transportation, and energy sectors. Cases from these sectors already make up a large proportion of cases that are referred to arbitration, and increasingly mediation. Commercial disputes in these sectors are already usually resolved outside the courtroom.

Further, major infrastructure and construction projects, the type of projects that will have to be undertaken in the energy transition, often provide for the appointment of a standing dispute board («DB») at the commencement of the project. A DB will provide guidance and determinations in order to resolve issues and disputes during the construction phase of the project to prevent them from escalating. DBs gained popularity and after it was adopted by the World Bank, and provided for in the FIDIC Suite of Conditions of Contract. Other development banks have followed in the footsteps of the World Bank by requiring borrowers to include a dispute board in a contract where the bank was providing funding.

In 2019, the ICC released the ICC Commission Report on Resolving Climate Change Related Disputes Through Arbitration and ADR,[29] which explored the current and potential uses and benefits of ICC Arbitration and ADR services in resolving climate change related disputes. It identified six broad features that potentially enhance the existing procedures to further improve their effectiveness for resolving climate change related disputes.

While the ICC Commission Report focussed on ICC Arbitration and ADR services and procedure, this section of the article will explore the possibility and scope of commercial arbitration and ADR generally taking on the same role as litigation and investment treat arbitration in resolving climate change disputes, taking into consideration the developments in this area discussed in Section 4.

---

[29] Available at <https://iccwbo.org/publication/icc-arbitration-and-adr-commission-report-on-resolving-climate-change-related-disputes-through-arbitration-and-adr/>.

The advantages of arbitration and ADR as a means of resolving disputes are well documented. It is not the intention of this article to discuss those advantages. Instead, the discussion will focus on the particular characteristics of arbitration and other alternative methods of dispute resolution that make them particularly useful and beneficial in resolving climate disputes.

5.1. Procedural Flexibility

Perhaps the most significant advantage arbitration and ADR has over litigation as a method of resolving climate change related disputes is the procedural flexibility they provide. As described above, the nature of carbon offsets and energy transition projects are usually complex and involve multi parties across multiple jurisdictions. They also form part of an ordinary energy or transaction or infrastructure project. For example, in simple terms, the sale of decarbonised or carbon neutral LNG is essentially the sale and purchase of an LNG cargo which includes a carbon offset element. The construction of a plant or factory with a CCUS facility will be an infrastructure construction project of a facility that comprises an emission reduction facility. Therefore, one would not expect all the disputes in relation to such transactions or projects to contain a climate change element. The type of dispute that could arise out of the sale of decarbonised LNG transaction could be an ordinary sale and purchase dispute, or it could be in respect of the carbon offset element. Equally, the dispute that could arise out of the construction of the CCUS facility could involve ordinary delay or variation issues, or it could be in relation to whether the CCUS facility met the relevant applicable climate goals and regulations.

Parties to an arbitration are able to tailor procedures to suit the needs of their particular dispute. Arbitral tribunals may provide bespoke directions that are adjusted to the particular dispute and the desired outcomes in order to provide for a fast and efficient resolution. The climate change elements that may require either immediate determination

and/or specialised attention could be bifurcated and carved out from the main proceedings and addressed separately.

Arbitral institutions have also innovated and provided for a number of procedural rules to suit the commercial needs of parties, which makes arbitration well suited to resolve climate change disputes. For example, the arbitration rules of major institutions such as the ICC,[30] SIAC,[31] LCIA,[32] HKIAC,[33] ICDR[34] and SCC[35] all give parties the right to apply for the appointment of an emergency arbitrator who will be able to decide interim, interlocutory or conservatory issues before the arbitral tribunal is constituted. While each institution's emergency arbitration rules may have particular features, the ability of being able to obtain an injunction or other interim relief is important and necessary for climate related disputes that will require urgent resolution.

The arbitration rules of the ICC, SIAC, HKIAC, ICDR and SCC further provide for the resolution of disputes by expedited procedure. Although some of the rules[36] provide that the expedited procedure will apply to claims of lower value, parties are able to opt in and agree that the expedited procedure will apply regardless of the amount in dispute. The HKIAC and SIAC rules allow for cases of exceptional urgency to be conducted on an expedited basis, regardless of the amount in dispute.[37] Each set of rules will have its own features as to how each expedited proceeding shall unfold, but (with the exception of the SCC

30 Article 29 ICC Rules of Arbitration.

31 Rule 30.2 and Schedule 1 of the 2016 SIAC Arbitration Rules.

32 Article 9B of the 2014 LCIA Rules of Arbitration

33 Article 23 and Schedule 4, HKIAC Administered Arbitration Rules 2018.

34 Article 6 of the 2014 International Dispute Resolution Procedures.

35 Article 22 and Appendix II, 2017 Arbitration Rules Of The Arbitration Institute Of The Stockholm Chamber Of Commerce.

36 The ICC Rules provide for a threshold of US$3 million if the arbitration agreement was concluded on or after 1 January 2021, or US$2 million if before that date; the SIAC Rules provide for a threshold of SGD5 million; the HKIAC Rules provide for a threshold of HK$25 million (or the amount stated on the HKIAC website on the date the Notice of Arbitration is submitted; and the ICDR Rules provide for a threshold of US$500,000. The SCC Rules do not provide for a threshold amount.

37 Article 42(1), HKIAC Administered Arbitration Rules 2018; Rule 5.1, SIAC Rules 2016.

rules) they all set specific time limits within which the arbitral tribunal must render its award.

In situations where a climate change related dispute can be carved out from the main project or transaction, it would be in parties' interests for the dispute to be resolved as expeditiously as possible so that the main project or transaction may proceed.

Further, the arbitration rules of major institutions such as the SIAC, ICC, LCIA and HKIAC also now allow for third parties to be joined to an arbitration, provided that there is agreement amongst the parties. This could be a crucial advantage in resolving climate change disputes. Local citizens who are impacted by a project may wish to participate in the proceedings regarding the project. It could also be beneficial for the parties involved in the proceedings to involve such third parties as it could result in a speedier and more final resolution of the dispute. Ultimately, the aim is to ensure that the climate related project succeeds so that GHG emissions are reduced, and the world's net zero ambitions are met.

Other ADR methods such as the use of DBs and mediation also provide the procedural flexibility that would not be available in litigation.

The concept behind a standing DB is that it is appointed at the commencement of the project, and becomes part of the project administration team. It performs regular site visits and becomes embedded in the project. Issues and differences can be resolved as soon as they occur in a less adversarial way, thus preventing them from escalating. The appointment of a specialist DB that will be able to address the climate element in an energy transition project would be immeasurably valuable. Any technical issues that would have an impact on the success of the project could be resolved immediately.

Resolving disputes through mediation will also provide the flexibility that is not available in other more adversarial methods of dispute resolution. In the context of climate related disputes, the speed with which a mediation can be organised, and the collaborative way problems are solved are some of the benefits of resolving disputes through mediation. Parties will be able to negotiate a suitable outcome in a way that would not be possible in neither litigation nor arbitration.

The climate agenda is an urgent one. In order to succeed, all the moving parts of the race need to function smoothly and rapidly. A major part of its success will depend on the successful implementation of all the energy transition and other climate change related projects. These projects need to work the first time they go online. Such is the urgency, there is no room for trial and error. It is therefore crucial that issues which have arisen during the performance of the projects are ironed out as soon as they occur so that the project could proceed and be implemented without delay.

The procedural flexibility that is afforded by arbitration, mediation and the use of DBs is a valuable tool in addressing climate change related disputes as they occur.

5.2. Internationality & Neutrality

Parties will also be able choose arbitral tribunal members, mediators or dispute board members from different jurisdictions, so as to provide balance and any special expertise required for the effective and efficient resolution of a particular dispute. The ability to select different third party neutrals from different jurisdictions and disciplines will provide the parties with a tribunal or board that has the combined knowledge of different legal traditions, laws, experience, cultural differences and language.

As discussed above, the type of climate change related commercial disputes that will likely arise will involve complex cross-border and multi-jurisdictional issues. Going back to the example of the sale of decarbonised or carbon neutral LNG referred to above, the sale and purchase of LNG, a carbon intensive transaction, could have taken place in Asia, while being «decarbonised» by a carbon offset project in South America. Issues could arise anywhere along the transaction chain.

The ability to choose and combine the ability of the third party neutrals will assist parties in achieving a more satisfactory outcome.

Arbitration, mediation and the use of DBs also provide a neutral forum as parties will be able to select tribunal members, mediators and DB members of neutral nationalities and backgrounds. Any issues of perceived bias will be removed. In an area as emotive as climate change, this advantage should not be understated.

5.3. Selection of Expert Resolvers

The ability to choose one's own arbitral tribunal, dispute board member or mediator would be one of the most important advantages of using arbitration and ADR in resolving climate change disputes.

As stated above, the energy transition agenda involves technologically advanced and ground-breaking infrastructure projects. In the context of a climate action, the science is important and will be crucial in determining whether a piece of climate technology is achieving the goals it is meant to achieve. Carbon offsets transactions involves specific issues as mentioned above, and will benefit from being resolved by a tribunal that has extensive knowledge about the emissions trading framework.

Parties will be able to ensure that suitable third party neutrals with the requisite expertise are appointed. Where at least one member of an

arbitral tribunal, dispute board or mediator has the correct specific scientific background, the arbitral tribunal, dispute board or mediator will be able to understand and address specific technical and scientific issues relevant to the dispute properly and expeditiously. The ability to secure the relevant scientific and technical knowledge in the arbitration, mediation or DB panel in order to ensure that the decisions that are made are in tune with this new and fast changing area is a valuable advantage of arbitration and ADR.

Although an arbitral tribunal or a court have the ability to appoint an expert to assist it with technical issues, having an arbitral tribunal, dispute board member or mediator who is across the scientific nuances of a dispute will be advantageous, particularly when disputes need to be resolved expeditiously.

An additional benefit to able to select the arbitral tribunal, dispute board member or mediator will also mean that parties will have control over the timetable of the resolution of the dispute. Unlike litigation, where a party will have to compete with the judge's time with other matters, parties to a dispute in arbitration or mediation will be able to appoint another arbitral tribunal or mediator if a chosen arbitrator or mediator is not able to hear the matter immediately.

5.4. Enforceability

The relative ease of enforcement of arbitration awards afforded by the 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards (the «New York Convention») is another one of the major advantages of arbitration. There are currently 169 signatories to the New York Convention,[38] with Iraq being the latest signatory on 11 November 2021. Although numerous countries have provided for the

[38] Available at <https://www.newyorkconvention.org/list+of+contracting+states>.

reciprocal enforcement of judgments, the reach of such treaties is not as extensive as that provided by the New York Convention.

With the entering into force of the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (the «Singapore Convention») on 12 September 2020, mediation is now a viable method of resolving international disputes. The Singapore Convention elevates the position of a mediated settlement agreement that has been concluded in writing by parties to resolve an international commercial dispute to that of a court judgment, or an arbitral award enforceable under the New York Convention. The speed with which the Singapore Convention has been accepted by member states is also encouraging. When it opened for signature on 7 August 2019, 46 countries signed it, including major economies such as the United States, China and India. If one were to compare these figures to the number of signatories on 10 June 1958 at the time the New York Convention[39] was opened for signature, it is clear that the international commercial community is ready for an alternative method of resolving disputes.

In any event, voluntary compliance with arbitral awards and mediated settlement agreements are usually high, probably contributed by the ease with which parties are able to enforce arbitral awards and mediated settlement agreements.

6. THE GREEN PLEDGE BY THE ARBITRATION COMMUNITY

The arbitration community also has a role to play in reducing GHG emissions on a personal level. International arbitration has developed to such an extent that the carbon footprint of an arbitration hearing is significant.

39 The United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards.

A study conducted by Dechert LLP in 2019 revealed that carbon footprint of one medium-size arbitration could be around 418,531 Kg CO_2e – which may require planting up to 20,000 trees to offset its effect on the environment.[40] Members of the arbitral tribunal, counsel, witnesses and experts flying to hearings contributes to a high proportion of the emissions generated. Printing documents for use at the hearing also contributes to the carbon emissions in arbitration.

There have been efforts by the international arbitration community to raise awareness about and combat the significant carbon footprint generated by arbitration proceedings. The Campaign for Greener Arbitrations works with the relevant stakeholders in promoting sustainable arbitrations. Arbitration practitioners are encouraged to commit to the Campaign's Guiding Principles and reduce their carbon emissions by signing the Green Pledge.[41] An arbitration practitioner will commit to reduce their carbon footprint in relation to travel and paper by looking for opportunities to reduce energy consumption and waste; correspond electronically; encourage the use of videoconferencing facilities and avoid unnecessary flying; promote the use of electronic bundles at hearings so as to avoid printing; and where possible, work with suppliers and service providers who are committed to reducing their environmental footprint (including for the purposes of arranging an arbitration hearing).

While these pledges may have seemed lofty and aspirational not so long ago, the COVID-19 pandemic has shown that it is possible to conduct efficient and effective arbitrations by using videoconferencing facilities and electronic bundles. Arbitration practitioners should seriously question the need to conduct in person hearings, and to print hard copies of hearing bundles. If the arbitration and ADR community is serious about participating and contributing to the efforts to combat

---

40 Discussed here <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/11/29/when-the-answer-is-becoming-the-question-impact-of-arbitrations-on-the-environment/>.

41 <https://www.greenerarbitrations.com/greenpledge>.

climate change, then it must be prepared to look inward and minimise its own environmental impact.

7. CONCLUSION

As stated above, the task ahead is immense. The world will need to more than halve emissions by 2030. This cannot be done by one method alone. In addition to nations, companies, organisations and individuals striving to reduce their own GHG emissions, the carbon markets will also have an important role to play.

In addition, the task is also an urgent one. It involves new technology that has only just been developed, or has not been developed yet. The technology also needs to work the first time it goes live. Therefore, the world cannot afford to have projects stall and delay while issues and disputes are being resolved.

Arbitration and ADR, through the use of DBs and mediation have a crucial role to play in ensuring that the project goes ahead while parties' rights and liabilities are attended to. In addition, the arbitration and ADR community will also need to seriously consider its own environmental impact and commit to reducing them.

In closing, we turn once more to the words of Sir David Attenborough, this time uttered recently in Glasgow at COP26:

> We are after all, the greatest problem solvers to have ever existed on Earth. We now understand this problem. We know how to stop the number (concentration of carbon in our atmosphere) rising and put it in reverse. We must recapture billions of tons of carbon from the air. We must fix our sights on keeping one and a half degrees within reach. A new industrial revolution, powered by millions of sustainable innovations, is essential, and is indeed already beginning.

Climate change is an issue that impact all sectors of society, and the race to net zero will only be won if all aspects of society work together with one common goal. Every single tool available to us will need to be deployed, and that includes utilising the advantages of arbitration and ADR methods to their full potential.

EL ARBITRAJE ELECTRÓNICO COMO MODELO DE ARBITRAJE ECOLÓGICO: UN INSTRUMENTO PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS APOYANDO LA SOSTENIBILIDAD DEL PLANETA

Carmen Parra Rodríguez [*]

Sumario: 1. Introducción.— 2. El arbitraje *on line* como instrumento de resolución de controversias.— 2.1. La validez del convenio arbitral en el arbitraje *on line*. 2.2. La garantía en el proceso *on line*.— 2.2.1. Regularidad de las notificaciones.— 2.2.2. Sistema de prueba en el artibraje *on line*.— 2.2.3 Deslocalización en el arbitraje *on line*.— 2.2.4. Reconocimiento y ejecución de laudos electrónicos.— 3. Tribunales arbitrales *on line*.— 4. El arbitraje *on line* como modelo de arbitraje ecológico.— 4.1. El manifesto del *greener arbitration*.— 4.2. La plataforma virtual del CIAM. Ejemplo de arbitraje ecológico.— 4.2.1. Aspectos del proceso a través de la Plataforma Virtual del CIAM.— 4.2.1.1. La comunicación en la Plataforma.— 4.2.1.2. Acceso al expediente.— 4.2.1.3. Seguimiento del expediente.— 4.2.1.4. La ciberseguridad y la protección de datos.— 5. Conclusiones.— 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje electrónico o arbitraje *on line* forma parte de la denominada tecnología ODR (*on line dispute resolution*) que permite eliminar cualquier

[*] Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Internacional en la Universidad Abat Oliba CEU. <cparra@uao.es>.

limitación geográfica que pueda existir entre dos o más partes, permitiendo que todo el proceso arbitral se desarrolle en salas virtuales.

Desde la creación en la Universidad de Massachusetts en 1966 del primer centro de arbitraje virtual, la idea de ofrecer una solución ágil y económica a los usuarios y empresarios para resolver sus litigios se ha ido implantando en el mundo arbitral. Su proliferación ha hecho que hoy en día no exista una terminología única para que podamos referirnos a este tipo de procesos arbitrales que ha recibido diferentes denominaciones. Así se puede hablar de «arbitraje multimedia», «arbitraje virtual», «arbitraje telemático», «arbitraje electrónico» o «arbitraje en línea».[1]

En cualquier caso, y con independencia de su terminología, el arbitraje electrónico se vislumbra como el medio óptimo para la solución de conflictos generales en internet, especialmente los que se entablan entre proveedores de servicios de la red y los usuarios. Sin embargo, esto no supone que el arbitraje *on line* solamente sirva para resolver las controversias propias del comercio electrónico; por el contrario, se puede aplicar a cualquier litigio con independencia del marco empleado para la transacción dependiendo su utilización de aspectos relativos a la cuantía del asunto y a los costes que suponga dicho medio de solución.

Cabe resaltar en este sentido que, en este tipo de procedimientos, las comunicaciones se realizan *on line*, siendo este el sistema a través del cual se designa al árbitro, se presenta y contesta la demanda, se ofrecen pruebas y se dicta el laudo. Una de sus características es, concretamente,

---

[1] Existen muchos proveedores de mecanismos alternativos de solución de conflictos (ADR) que cuando emplean nuevas tecnologías se denominan ODR (*on line dispute resolution*) o sistemas de solución de controversias en línea (SSCL). El arbitraje en línea estaría dentro de este grupo, al utilizar redes de computadoras y programas especiales para resolver los litigios utilizando un ADR. Ver FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara Lidia. «La jurisdicción internacional en el comercio electrónico». En *Anuario del Departamento de Derecho Privado,* 2008, esp. pp. 200-212. RIBÓN SEISDEDOS, Eugenio. «Instrumentos para impulsar la adhesión de los empresarios al Sistema Arbitral de Consumo». En *Noticias Jurídicas*. Recuperado de <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4279-instrumentos-para-impulsar-la-adhesion-de-los-empresarios-al-sistema-arbitral-de-consumo-/>, ponencia presentada en el VIII Congreso de arbitraje de consumo, Huelva, 20 de marzo de 2007.

a diferencia de los sistemas presenciales, que las partes solo se encuentran en el espacio virtual, sometiéndose a la decisión del árbitro o árbitros y solicitando la ejecución judicial del laudo.

No obstante, para que el arbitraje electrónico sea efectivo habrá que tener en cuenta las particularidades que presenta este sistema y, por tanto, habrá que superar las barreras de la virtualidad.

Así, para constituirse en un instrumento eficaz de resolución de litigios, el arbitraje electrónico deberá regular tres aspectos: uno relativo a la validez y eficacia del convenio arbitral, otro que tenga en cuenta los aspectos procesales y, por último, el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral electrónico. Todas estas cuestiones son básicas para asegurar el éxito de la resolución de la controversia.

La cuestión que cabe plantearse a continuación es si este sistema es idóneo para resolver las diferencias que se plantean a nivel global, dadas las peculiaridades que presenta este tipo de actividades. En concreto se trataría de ver si la especialización de los procesos y la protección de la que son objeto por parte de los Estados son compatibles con el carácter flexible, dispositivo y deslocalizado que ofrece el arbitraje *on line*.

2. EL ARBITRAJE *ON LINE* COMO INSTRUMENTO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Las ventajas y desventajas del arbitraje electrónico que aquí se van a mostrar giran en torno a una serie de características que presenta la técnica arbitral *on line*.

Entre las ventajas que brinda este mecanismo de resolución de controversias se encuentra el aumento en la utilización del comercio electrónico que ha repercutido en la popularización de los sistemas ODR. Al mismo tiempo, el arbitraje *on line* reduce los costes del que ha sido acusado tradicionalmente este medio de solución de controversias,

frente al sistema judicial, que ha sido considerado más barato. La virtualidad democratiza, permitiendo su utilización a un mayor número de usuarios que pueden hacer valer sus derechos en el espacio virtual.

Asimismo, elimina los gastos e incomodidades de los traslados, ya que se puede participar activamente como demandante o demandado a distancia sin efectuar traslados físicos. Además, son instrumentos seguros y confidenciales, ya que la tecnología ofrece mecanismos de seguridad (encriptación, firma electrónica) que aseguran su buen uso.

Es considerado también un sistema flexible y rápido que se adapta a las particularidades y a la naturaleza de cualquier controversia. Otra ventaja es que evita los inconvenientes del «cara a cara», eliminando las malas interpretaciones por gestos corporales, el lenguaje amenazador o los tonos violentos que pueden empeorar las relaciones entre los litigantes, ya que la distancia es muchas veces una buena herramienta de éxito en la búsqueda de la mejor solución.

Por último, se puede decir que es un buen sistema para temas especializados ya que permite buscar al mejor experto en cualquier parte del mundo sin que los desplazamientos sean una excusa para su intervención en la solución del caso.

Sin embargo este sistema también cuenta con desventajas como son la inexistencia de reglas y principios en la materia, ya que su incorporación en los mecanismos de resolución de controversias es bastante joven, por lo que tiene que regularse a través de interpretaciones analógicas de normas afines. Por otro lado, las barreras lingüísticas no saltan el espacio virtual, por lo que siempre existirán limitaciones a pesar del carácter global que se le quiere asignar.

A día de hoy aún se desconfía, además, de la transparencia y credibilidad de los sitios web que brindan estos servicios, lo que le resta popularidad, considerándose desmesurados sus costes respecto al valor

de las transacciones en juego. También dudan sus detractores de la falta de confidencialidad de la documentación presentada y critican la falta de comunicación oral que para ellos, más que una ventaja, supone —en muchos casos— uno de los factores que impiden una comunicación fluida que facilite el resultado final.

Para regular estos aspectos, y a falta de una normativa específica a nivel internacional para el arbitraje electrónico, en 2006 se creó la Ley Modelo Uncitral sobre arbitraje comercial internacional,[2] que introdujo en su artículo 7.4 el requisito de que el acuerdo de arbitraje constase por escrito o, en su caso, su información fuera accesible para su ulterior consulta. Esta norma define, además, lo que es la «comunicación electrónica» entendida como aquella que las partes realizan por medio de «mensajes de datos», definiéndose estos como la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares.[3]

También la Uncitral se ocupó de esta materia en la Recomendación de 2006 sobre la interpretación de los artículos II y VII del Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y Ejecución de laudos arbitrales extranjeros, según la cual dicha interpretación debería tenerse en cuenta para promover de manera uniforme su aplicación en el ámbito del derecho mercantil internacional.[4]

---

2 Ver <www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html>.

3 HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy (Studies in Contemporary German Social Thought)*. Massachusetts: The MIT Press, 1996, p. 1163.

4 Ver <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2006recommendation.html>. Junto a ellos también la Ley Modelo sobre comercio electrónico <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce.html>, la Ley Modelo sobre firmas electrónicas <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/2001Model_signatures.html> y el Convenio de Naciones Unidas sobre la utilización de comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention.html>.

Todas estas normas forman parte de la actual regulación que afecta al arbitraje, si bien en un futuro se espera que el legislador produzca normas específicas que regulen los aspectos de la forma electrónica en la resolución de conflictos.

Dada la falta de normativa para llevar a cabo la interpretación y adaptación de las normas que regulan el arbitraje electrónico, será necesario acudir al principio del efecto útil que asegurará la eficacia de este tipo de resoluciones por medios electrónicos, estableciendo las bases de análisis de los aspectos procesales necesarios para su correcta aplicación.

Vamos a pasar a analizar a continuación cuáles son estos elementos a tenerse en cuenta en el desarrollo de esta modalidad de arbitraje.

2.1. La validez del convenio arbitral en el arbitraje on line

Se entiende por convenio arbitral virtual aquel que se celebra por vía electrónica haciéndose constar la voluntad inequívoca de las partes expresada por dispositivos electrónicos, informáticos o telemáticos, de someter la solución de las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir en las relaciones jurídicas que tengan lugar en la red, sean o no contractuales, a la decisión de uno o más árbitros, así como la obligación de cumplir tal decisión.[5]

Esta definición demuestra que la incorporación del arbitraje como solución de conflictos ha variado la forma en que puede plasmarse el convenio entre las partes, de tal manera que si se celebra por vía electrónica tendrá plena validez y producirá todos sus efectos siempre que se haga constar su existencia, de tal manera que el éxito o el fracaso del arbitraje electrónico dependerá de los elementos probatorios que demuestren la aceptación del pacto realizado entre las partes.

---

5 Ver MERINO MERCHÁN, José Fernando. «El pacto de arbitraje en el comercio electrónico». En *Revista de la Contratación Electrónica,* 2002, n.º 25, pp. 1-24.

Esta prueba es requisito obligatorio para hacerlo exigible o para pedir su formalización judicial en caso de que alguna de las partes no quiera designar árbitro o no se pusieran de acuerdo en su nombramiento. La prueba en estos casos se regula por las reglas generales del derecho, así como por lo dispuesto sobre el valor de los documentos electrónicos en las diferentes legislaciones,[6] respetando las particularidades que el espacio virtual ofrece.

Así, por ejemplo, la exigencia relativa a que el convenio arbitral ha de formalizarse por escrito se interpretará en el sentido de que esta formalidad se extiende a su incorporación en un soporte electrónico que permita en un momento determinado mostrar su existencia. Ha de recordarse que en el arbitraje la forma no es requisito ad solemnitatem, sino ad probationem, manteniéndose también esta regla para el arbitraje on line. Por ello, aunque el convenio no pueda materializarse por escrito, será suficiente con que el consentimiento en origen y en destino se recoja por medio de equipos electrónicos e informáticos de tratamiento y almacenaje de datos, conectados por medio de cable, radio o medios ópticos o electromagnéticos en los que conste el concurso de la oferta y de la aceptación.

Por otro lado, el convenio arbitral se entenderá perfeccionado desde que se haya contestado aceptando la propuesta sin necesidad de su constancia en documento escrito.[7] Asimismo, puede solicitarse la práctica del

---

6 En lo que se refiere a la regulación a nivel europeo, ver la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior DO L 178 de 17 de julio del 2000, p. 1-16*,* así como su transposición en los ordenamientos de cada Estado miembro.

7 Por ejemplo, en derecho español, y en ausencia de normas concretas, el convenio arbitral electrónico debe regirse *prima facie* por la Directiva 97/7/CE, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, DOCE L 144/19, de 4 de junio de 1997, que define los contratos negociados a distancia como los que se celebran utilizando técnicas de comunicación a distancia sin presencia física simultánea (artículo 2). Y a estos mismos efectos, servirá de referencia en el Derecho interno español la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM), en cuyo artículo 38 se definen las ventas a distancia como las celebradas «[…] sin la presencia física simultánea […] por medio de comunicación a distancia de cualquier naturaleza».

reconocimiento judicial de las instalaciones, locales o mecanismos a través de los cuales se ha generado el documento electrónico o informático, incluso valiéndose el juez o tribunal de un informe pericial ad hoc.

Además de estos requisitos formales, para que el convenio arbitral sea válido deberá incorporar una serie de datos que servirán para identificar a las partes y asegurar un resultado seguro y transparente. Estos son a modo de ejemplo:

- Los nombres y domicilios de las personas que firman el convenio *on line*.

- Los nombres y domicilios de los árbitros, así como su número.

- La delimitación del objeto del litigio.

- El plazo en el que los árbitros deben pronunciar el laudo, entre otros.

Todo ello se interpretará bajo los principios generales de derecho que actúan en el ámbito de la contratación. Así, la asunción del convenio arbitral celebrado vía digital no puede implicar desequilibrios para alguna de las partes con base en el «equilibrio *inter partes*». El incumplimiento de este principio sanciona con la nulidad el convenio arbitral que coloque a una de las partes en cualquier situación de privilegio con respecto a la designación de los árbitros siguiendo el dogma contractual de la buena fe. Lo mismo ocurre cuando el pacto sea alusivo por desequilibrio, por ejemplo, en la forma de designar los árbitros.

Además la validez del acuerdo deberá ajustarse a lo que establece la normativa internacional al respecto a través de una interpretación extensiva de lo que dice la Ley Modelo de Uncitral sobre arbitraje, la cual estima como válidos los acuerdos formalizados con la utilización de cualquier medio de comunicación que deje constancia del acuerdo

como, por ejemplo, el correo electrónico y el intercambio de datos electrónico (EDI).[8] En este sentido, la expresión «cualquier modo de comunicación» incluiría el acuerdo arbitral electrónico; sin embargo, no se admitiría la aceptación tácita o verbal.[9]

Otro aspecto a tener en cuenta con relación a los efectos expuestos es el relativo a la firma digital que vincula a la partes en el convenio o contrato. En este sentido, debe ser considerado como un instrumento procesal probatorio en la medida que representa un símbolo basado en medios electrónicos utilizados o adoptados por las partes para hacer constar el compromiso arbitral.[10]

Para evitar que el uso de la firma electrónica dé lugar a fraude, se garantiza su uso mediante mecanismos de seguridad, esto es, con sistemas de verificación o certificaciones. A tal fin, entre los requisitos exigidos a los prestadores de servicios que expiden certificados reconocidos, se ha de recoger la fecha y hora en que se produce la actuación certificante. Asimismo, habrá que vigilar que el convenio electrónico sea imparcial e independiente a través de reglas éticas y códigos de conducta que vayan en contra del fraude y la corrupción.

Otro principio aplicable también al convenio arbitral electrónico es el denominado principio de *perpetuatio arbitralis* o de «conservación del pacto arbitral», en cuya virtud se establece una vigencia y unos efectos que hacen inmune al arbitraje a la rebeldía de las partes del deber de

---

8 Estándar internacional que permite intercambiar todo tipo de documentos electrónicos (facturas, pedidos, albaranes, etc.) con clientes, proveedores, administraciones públicas, asegurando que el documento llega a su destinatario correcto, sin ser alterado y teniendo acuse de recibo del documento.

9 El Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros se debería interpretar en el mismo sentido.

10 Por ejemplo, en España el Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica (BOE 18 de septiembre de 1999 - n.º 224) ha dado carta de naturaleza y reconocimiento legal en España a esa manifestación indubitada del consentimiento contractual que es la firma expresada por medios electrónicos con la ayuda del ordenador y la informática. Esta norma está inspirada en el Convenio de Uncitral sobre firma electrónica (ver *supra* nota 4).

colaboración en la designación del árbitro o árbitros, en la adopción del laudo, y en la eficacia nacional y transnacional de este último.

2.2. La garantía en el proceso on line

Cada una de las partes en el proceso debe ser oída, los documentos deben ser auténticos y los dictámenes técnicos que se emitan deberán ser imparciales. Para todo ello es necesario que se den una serie de garantías que deben cuidarse especialmente en el caso de los arbitrajes *on line*. De la confianza de las partes en la confidencialidad y control de las actuaciones realizadas dependerá el éxito en la implantación de este sistema en el ámbito del comercio internacional y, en especial, en la resolución de conflictos. Para cumplir con este objetivo habrá que vigilar diferentes aspectos.

2.2.1. Regularidad de las notificaciones

Es necesario tener constancia de que las partes han recibido las notificaciones en tiempo y forma tal como lo establecen los convenios internacionales y la *lex mercatoria* (reglas de la Cámara de Comercio Internacional de París). Así, por ejemplo, para asegurar la autoría de la comunicación se puede utilizar el *password* o pin, la pluma digital sobre pizarra digitalizada, la biometría digitalizada (huellas o pupila) o la firma electrónica.

Otra de las cuestiones que no puede olvidarse respecto a lo que puede afectar al cumplimiento de determinados plazos procesales del proceso arbitral es la fehaciencia temporal de las notificaciones o comunicaciones efectuadas. Para ello, se emplean los certificados digitales de sellamiento de tiempo (*time stamping*) o certificados digitales de sellamiento de tiempo (*digital time-stamp certificates*), que registran la fecha y hora exacta de la transacción, integrándola en el documento que será firmado por el remitente.

Por otro lado, toda notificación electrónica implica necesariamente hablar de *documento electrónico*, siendo una interpretación tradicional la que asimila «documento» a «escrito». No obstante, el criterio actual da una acentuada flexibilidad al concepto, tomado de la jurisprudencia arbitral, que llega a admitirse como documento un documento de un procesador de texto, un vídeo o incluso unas fotografías.[11]

2.2.2. Sistema de prueba en el arbitraje on line

Todas las pruebas son importantes para solucionar el litigio, siendo una de las más utilizadas la prueba pericial aportada a través de informes técnicos realizados por los expertos, ya que esta materia suele plantear cuestiones muy especializadas que quedan fuera del alcance de las partes. Así, por ejemplo, los informes realizados por expertos sirven para interpretar las reivindicaciones sobre una patente o para determinar el alcance de los derechos cubiertos por una licencia de marca.

El legislador, la jurisprudencia y, mucho menos, la práctica arbitral han sido ajenos a esta realidad, siendo la aplicación de las nuevas tecnologías reconocida por la jurisprudencia de los Estados como medio de prueba.[12] En este sentido el arbitraje electrónico ha desarrollado especialmente los aspectos relativos a los informes periciales, las complejas pruebas en laboratorios, los documentos digitalizados y los interrogatorios a testigos realizados a cientos o miles de kilómetros de distancia.

---

11 La sentencia del Tribunal Supremo español de 12 de diciembre de 1988 fue la primera en abrir una tímida luz a la admisión de otros medios distintos que la escritura para la admisión de la prueba documental, definiendo los documentos como «aquellos en los que hay constancia «generalmente escrita» de hechos acaecidos fuera del proceso». Tras una perezosa evolución jurisprudencial, en gran medida impulsada por la jurisdicción penal. Ver STS de 19 de octubre de 1996 y 22 de enero de 1998.

12 La sentencia del Tribunal Supremo español de 19 de abril de 1991 destaca que «no puede reservarse y ceñirse en exclusividad al papel reflejo y receptor por escrito de una declaración humana desde el momento que nuevas técnicas han multiplicado las ofertas de soportes físicos».

Dentro de las nuevas aplicaciones tecnológicas utilizadas en la fase probatoria destaca, por su inmediatez y fiel respeto al principio de contradicción, el uso de la videoconferencia, especialmente útil en el proceso arbitral. Este sistema permite la comunicación de imagen y sonido en tiempo real entre dos puntos distantes, creando una «reunión virtual» entre personas participantes, donde la distancia física deja de ser un impedimento.[13] El uso de la videoconferencia —posible tanto en la fase de audiencia con las partes como para interrogar a testigos o ratificar el informe de peritos— se lleva a cabo a través de las redes de telecomunicaciones de mayor ancho de banda, capaces de transportar datos a velocidades nunca imaginables y que, sin duda, experimentarán nuevos avances.[14] Así, por ejemplo, el futuro está encaminado a la utilización de la videoconferencia tridimensional a través de la «teletransportación» de los sujetos intervinientes en el proceso.[15]

La realidad virtual no deja de ser una tecnología de comunicación multisensorial que, controlada por ordenador, permite al usuario la interacción intuitiva con datos. Philippe Quéau[16] la definía como «una base de datos gráficos interactivos, explorable y visualizable en tiempo real en forma de imágenes tridimensionales de síntesis capaces de provocar una sensación de inmersión en la imagen. En sus formas más complejas, el entorno virtual es un verdadero "espacio de síntesis", en el que uno tiene la sensación de moverse "físicamente". Esta sensación de "movimiento físico" puede conseguirse de diferentes formas, siendo la más frecuente la que consiste en la combinación de dos estímulos sensoriales, uno basado en una visión estereoscópica total y el otro en una sensación

---

13 GIMENEZ ONTAÑON, Vicente. «Estado actual de la utilización de la videoconferencia en la Administración de Justicia». En *Diario La Ley*, 24 de julio de 2003, n.º 5831.

14 Ver LORCA NAVARRETE, Antonio. *El arbitraje multimedia*. Madrid: Dykinson, 2000.

15 Así, la sentencia del Tribunal Supremo español de 5 de octubre de 2001 se refiere al uso de la videoconferencia que permite conectar la sala donde se celebra el juicio con otro lugar diferente donde se encuentran los testigos y así las partes pueden formular directamente las preguntas y escuchar las respuestas como si el testigo estuviera allí físicamente presente, con lo cual la inmediación quedaría también satisfecha.

16 QUEAU, Philippe. *Lo virtual. Virtudes y vértigos*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1995, pp. 15-16

de correlación muscular, llamada "propioceptiva", entre los movimientos reales del cuerpo y las modificaciones aparentes del espacio artificial en que está "inmerso"». Esta reconstrucción virtual nos permite exponer de una forma directa la realidad de lo acontecido, alcanzándose un mayor efecto persuasivo en la medida en que, junto a la mera relación de acontecimientos fácticos, pueden introducirse diversas aportaciones periciales que dotan a la prueba realizada de una evidente consistencia, notable verosimilitud y, sobre todo, una incuestionable calidad.[17]

Ante este avance vertiginoso de la tecnología capaz de persuadir a los árbitros, estos deberán ser especialmente prudentes en la valoración de las pruebas, sopesando también la disponibilidad probatoria de las partes, con objeto de no poner en una situación de privilegio a quien por razones económicas disponga de mayores recursos tecnológicos.

2.2.3. Deslocalización en el arbitraje on line

Una de las mayores ventajas del arbitraje electrónico es la eliminación de las distancias físicas fruto del deseo de las partes de alcanzar una solución al conflicto que las separa. En este sentido, el arbitraje electrónico permite que el proceso sea seguido por los interesados desde sus respectivas residencias, sin que se vean forzados a incómodos desplazamientos.

No obstante, el desarrollo del proceso arbitral no suele encontrar inconveniente alguno en determinar el lugar de celebración del arbitraje, si bien estas dificultades aparecen en caso de incumplimiento de las partes de la decisión arbitral. Así, por ejemplo, ante un laudo dictado a través de medios electrónicos, donde es posible que los árbitros intervinientes en el proceso residan en tres países distintos, o incluso que el laudo haya sido dictado *in itinere* gracias a las facilidades ofrecidas

17 LARENA BELDARRAIN, Javier. «Valor y encaje de la reconstrucción virtual de accidentes dentro de los medios de prueba previstos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil». En *Societas & Lex*, 2002, n.º 6, p.23.

por las telecomunicaciones móviles, se hace preciso determinar cuál será la jurisdicción competente para ejecutar el laudo.

Se han barajado hasta ahora dos hipótesis diferentes para dar respuesta al problema de la deslocalización del arbitraje virtual. Una de las soluciones plantea la elección por las partes de una sede territorial ficticia acordada por etas para fijar un determinado territorio donde se puedan presentar las incidencias judiciales que pudieran surgir.[18]

La otra solución aboga por la fijación de una sede en el espacio virtual. Esta segunda opción, aplicada al arbitraje internacional, considera que desarrollándose el arbitraje en una sede virtual, todos los Estados parte de la Convención de Nueva York reconocerían esta sentencia y pondrían a disposición de los litigantes sus jurisdicciones.[19] Desde mi punto de vista, considero esta segunda solución muy apropiada para el mundo global, ya que en la mayoría de los casos las cuestiones resueltas pueden ser ejecutadas independientemente del territorio donde esté ubicado el bien protegido.

2.2.4. Reconocimiento y ejecución de laudos electrónicos

El Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros exige para ejecutar el laudo que este se acompañe del original del acuerdo o de copia certificada (por escrito o firmada). Esto significa que para el caso de un arbitraje *on line*, y a falta de normativa específica al respecto, habrá que llevar a cabo una interpretación amplia de la norma permitiendo, en su caso, la presentación del documento electrónico en forma digital con todas las garantías de identidad, autenticidad, integridad y confidencialidad propias de las comunicaciones electrónicas.

---

18 GRAHAM, James. «Luxemburgo: la deslocalización del arbitraje virtual». En *Alfa-Redi: Revista de Derecho Informático*, 1 de agosto de 2003. Recuperado de <www.alfa-redi.org/revista/data/40-13.asp>.

19 Se descarta la consideración del lugar de celebración del arbitraje aquel donde radique el servidor por su carácter fácilmente desplazable.

Con ello se busca asegurar que no han intervenido terceros en la aceptación de la solución propuesta por el árbitro y que, por tanto, el laudo no ha sido objeto de manipulación. Es por esta razón que en numerosas ocasiones los servidores del sistema envían el laudo en papel, firmado y protocolizado, para evitar problemas. En cualquier caso, los avances tecnológicos son cada vez más seguros e intentan superar los problemas de veracidad que el laudo pueda presentar.

3. TRIBUNALES ARBITRALES *ON LINE*

Para llevar a cabo el arbitraje *on line* es necesario acudir a tribunales arbitrales especializados que den soluciones acordes a las peculiaridades que presenta este tipo de procesos.[20] Un ejemplo es el tribunal arbitral de la OMPI,[21] que cuenta con una amplia experiencia en la solución de controversias en materia de propiedad intelectual, que se ha posicionado como la institución por excelencia para resolver disputas a través del procedimiento *on line*.[22]

El Centro de Arbitraje y de Mediación de la OMPI (en adelante, Camompi) fue creado en 1994 como una dependencia administrativa de la oficina internacional de la OMPI con sede en Ginebra (Suiza). Su objetivo es ofrecer servicios de arbitraje y mediación para la solución de controversias comerciales entre partes privadas relacionadas con la propiedad intelectual. Este centro es internacional, independiente y neutral y está asesorado en el cumplimiento de sus funciones por órganos compuestos por especialistas internacionales en materia de solución de controversias y propiedad intelectual.

---

20 Otros centros referentes en el arbitraje electrónico son en Estados Unidos Virtual Magistrate <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/1353485896844060>. En Europa Arbitec <http://www.arbitec.org/> y en Asia el Centro de Arbitraje de Hong Kong <https://ciarglobal.com/tag/hkiac/>.

21 Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

22 MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *El arbitraje como solución de conflictos en propiedad intelectual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

El Camompi cuenta con un procedimiento de arbitraje denominado Electronic Case Facility (ECAF). Su utilización debe ser acordada por las partes, estableciendo un sistema para elegir los expertos que han de participar en la resolución de litigios a través de un archivo electrónico. Las partes reciben las alertas de correo electrónico donde pueden controlar en todo momento en qué fase se encuentra el caso objeto del arbitraje.

Además de facilitar la comunicación en línea y el almacenamiento, el ECAF también puede proporcionar un resumen de la información del caso, una visión general de los plazos, información de contacto para todas las partes, así como sobre el estado de las finanzas que se debaten en el proceso.

Las partes se pueden poner de acuerdo para acudir a este procedimiento en virtud del Reglamento de la OMPI en cualquier etapa del procedimiento, ya que el interés del Camompi es obtener un resultado, siendo este sistema muy beneficioso para el seguimiento del supuesto de propiedad intelectual.[23]

Para asegurar la confidencialidad en la red de los datos e informaciones vertidos en este instrumento será necesaria la autenticación a través del nombre de usuario, contraseña y una clave de acceso para la utilización de la tarjeta RSA SecurID, así como un dispositivo que permita cambiar los códigos de acceso. Toda la información almacenada en ECAF está protegida y codificada mediante el uso de la moderna tecnología Secure Socket Layer (SSL)[24] que proporciona autenticación y privacidad de la información entre extremos de internet mediante el uso de criptografía.

---

23 ECAF no está disponible para los casos bajo el nombre de dominio uniforme de solución de controversias.

24 Son protocolos criptográficos que proporcionan comunicaciones seguras por una red, comúnmente internet. Ver WAGNER. David y Bruce SCHNEIER. *Analysis of the SSL 3.0 Protocol. The second USENIX Workshop on Electronic Commerce Proceedings*. Oakland: USENIX Press, 1996, pp. 29-40.

Habitualmente, solo el servidor es autenticado (es decir, se garantiza su identidad) mientras que el cliente se mantiene sin autenticar. Los protocolos permiten a las aplicaciones cliente-servidor comunicarse de una forma diseñada para prevenir escuchas (*eavesdropping*), mantiene bajo control la falsificación de la identidad del remitente (*phishing*) y usa mecanismos que impiden alterar la integridad del mensaje.

4. EL ARBITRAJE *ON LINE* COMO MODELO DE ARBITRAJE ECOLÓGICO

A la luz de la implantación del arbitraje electrónico, y una vez analizadas las ventajas que aporta en la globalización de las resolución de conflictos, el arbitraje ecológico se ha sumado como una iniciativa de la árbitra internacional Lucy Greenwood que ha dado lugar al denominado *greener arbitration*.[25] Este proyecto ha nacido con la finalidad de lograr un cambio sostenible en la forma de gestionar los arbitrajes, promoviendo la concienciación sobre el impacto ambiental de los medios de solución de controversias, elaborando guías de buenas prácticas para reducir al mínimo la huella de carbono.

Con este proyecto, el mundo del arbitraje quiere contribuir al cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)[26] fijados por las Naciones Unidas a través de la mejora en la productividad económica mediante la modernización tecnológica y el incremento en la producción y el consumo eficiente, todo ello unido a la preservación del medio ambiente.[27]

---

25 Ver <https://www.greenerarbitrations.com/>.

26 Los Objetivos de Desarrollo Sostenible están en <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>.

27 En esta acción están implicados los ODS 13 (acción por el clima) y el ODS 8 (trabajo decente y crecimiento económico), en concreto las metas 8.2, 8.3 y 8.4 que incentivan a :
a) Lograr niveles más elevados de productividad económica mediante el emprendimiento, la creatividad, la innovación y la modernización tecnológica (metas 8.2 y 8.3).
b) Mejorar progresivamente la producción y el consumo eficientes de los recursos mundiales y procurar desvincular el crecimiento económico de la degradación del medio ambiente (meta 8.4).

4.1. El manifiesto del greener arbitration

Para dar respuesta a esta demanda del mundo globalizado, el *greener arbitration* o el «arbitraje más verde» tiene como objetivo alcanzar un arbitraje comprometido que minimice el impacto ambiental en esta forma de resolución de controversia. Para ello, Lucy Greenwood ha creado un manifiesto a través del cual invita a adquirir un compromiso para el mundo arbitral que sirva para preservar la salud del planeta.

El compromiso se aplica a través de ocho recomendaciones muy elementales, pero que sirven de guía de buenas prácticas para llevar a cabo la transición hacia la mejora del medioambiente que reclama la Agenda 2030.[28] A continuación se muestran cuáles serían los principios en los que se basa el arbitraje ecológico:[29]

- Crear un espacio de trabajo con una huella ambiental reducida buscando oportunidades para reducir el consumo y el desperdicio de energía.

- Usar correspondencia electrónica, a menos que la correspondencia impresa sea expresamente necesaria, no olvidando que el correo electrónico genera una huella de carbono.

- Fomentar el uso de instalaciones para videoconferencias como alternativa a los viajes (incluso con el fin de realizar investigaciones o entrevistas con testigos).

- Evitar la impresión, solicitar el uso de documentos electrónicos en lugar de copias impresas y promover el uso de elementos electrónicos en las audiencias.

---

[28] Ver la Agenda 2030 en <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/>.

[29] Ver las recomendaciones en <https://www.greenerarbitrations.com/greenpledge>.

- Utilizar, cuando sea posible, proveedores y prestadores de servicios que se comprometan a reducir su huella ambiental (incluso con el fin de organizar una audiencia arbitral).

- Sugerir que los testigos o peritos presten testimonio a través de instalaciones de videoconferencia en lugar de asistir a las audiencias en persona.

- Evitar viajes innecesarios y utilizar las instalaciones de videoconferencia como alternativa.

- Considerar la necesidad de volar, compensando en su caso las emisiones de carbono para cualquier viaje relacionado con el arbitraje.

Con estas sencillas recomendaciones el mundo arbitral da ejemplo del compromiso adquirido para mejorar el planeta, contribuyendo así con su ejemplo a que los operadores económicos se sumen al *movimiento eco* que reclama el siglo XXI.

4.2. La Plataforma Virtual del CIAM. Ejemplo de arbitraje ecológico

Para cumplir con los ODS, diferentes instituciones como, por ejemplo, el Centro Internacional de Arbitrajes de Madrid (CIAM) han implementado una plataforma virtual para contribuir a implantar el concepto del arbitraje verde.[30]

La Plataforma Virtual (en adelante, la Plataforma) es una herramienta tecnológica que ha sido programada y personalizada con base en las necesidades del centro y de sus usuarios (partes, abogados, árbitros,

[30] El CIAM ha firmado el manifiesto del *greener arbitration.*

secretarios arbitrales, etc.). Esta herramienta permite a las partes involucradas en un arbitraje la posibilidad de celebrar audiencias virtuales que, al margen de dar continuidad a los procesos de forma más ágil y flexible, permite reducir la huella de carbono de los arbitrajes internacionales al evitar vuelos y otros viajes de las partes, árbitros, testigos o peritos.

Es, en definitiva, una interfaz segura y confidencial que permite a los participantes de un procedimiento arbitral acceder a su expediente mediante un *login*, desde cualquier parte del planeta.

4.2.1. Aspectos del proceso a través de la Plataforma Virtual del CIAM

4.2.1.1. La comunicación en la Plataforma

La Plataforma agiliza la comunicación dentro del procedimiento arbitral, eliminando el envío de documentación por correo electrónico. Con ello se evitan lo problemas para descargar archivos o la pérdida de correo, así como el riesgo de excluir accidentalmente a un destinatario o de tener expedientes incompletos.

4.2.1.2. Acceso al expediente

Todos los participantes tienen acceso al mismo expediente permitiéndoles cargar, de forma fácil y ágil, toda la documentación relativa al procedimiento (escritos, pruebas documentales, declaraciones testimoniales, informes periciales, órdenes procesales, transcripciones, etc.).

Los participantes tienen la posibilidad de acceder a la información de manera ordenada y sistematizada en un solo lugar y con el mismo sistema de archivo. El acceso es inmediato y se realiza con independencia de la ubicación del usuario que puede utilizar cualquiera de sus dispositivos de conexión (PC, tableta o teléfono inteligente).

Todo ello genera un ahorro de costes y tiempo, ya que al almacenar la información de forma digital las partes economizan el tiempo y los costes de las impresiones, la preparación de expedientes físicos, de discos duros o llaves USB, los envíos certificados internacionales, etc.

4.2.1.3. Seguimiento del expediente

La Plataforma genera una cronología del caso a través del registro de los hitos procesales que se van generando a lo largo del proceso.

Así, se enumeran cuándo y quién envió cada escrito y/o documento, estableciendo un calendario procesal acordado por el tribunal y las partes con los plazos futuros que permite conocer el estado del caso en cualquier momento.

Al final del procedimiento, la Plataforma elabora automáticamente resúmenes de la historia procesal para su uso en el laudo, permitiéndole a las partes visualizar con mayor claridad dónde surgieron demoras en el procedimiento.

4.2.1.4. La ciberseguridad y la protección de datos

Uno de sus puntos débiles de la Plataforma es el relativo a la ciberseguridad y la protección de datos personales, ya que los diferentes participantes en el proceso (empresas, administración pública, abogados, árbitros, etc.) no cuentan con las mismas tecnologías o protocolos de seguridad. En este sentido, no hay que olvidar que la seguridad de la información en un procedimiento arbitral depende, en última instancia, de las decisiones y acciones de todos los individuos involucrados.

Para ello, el CIAM ofrece a todos los participantes del proceso la Plataforma como instrumento para que las partes actúen en igualdad de condiciones y con la misma tecnología, garantizando así que se cumplan todas las medidas legales. Con ello, no solo se evita el robo de

información o el hackeo de las cuentas de usuarios, sino que, además, se garantiza la eficiencia de los procesos y la confidencialidad de los mismos al contar con accesos encriptados que garantizan que se identifique en todo momento al usuario y se eviten filtraciones de datos y documentos.

5. CONCLUSIONES

En la actualidad el arbitraje electrónico se encuentra en diversas iniciativas que intentan adaptar a la realidad de la red la resolución de los litigios, si bien el éxito de este sistema va a depender del esfuerzo conjunto tanto de los Estados como de los centros que administren dicha fórmula para resolver los litigios.

En este sentido, los centros de ODR o SSCL que deseen permanecer activos deberán esforzarse para que el arbitraje en línea brinde a los usuarios las mismas garantías que ofrece el arbitraje tradicional, asegurando en caso de incumplimiento del laudo su reconocimiento y ejecución ante los tribunales estatales.

Su aplicación implica incrementar la celeridad aportada por el arbitraje tradicional, la posibilidad de abaratar costes y agilizar aún más la tramitación del proceso, al mismo tiempo que abre una nueva vía de solución de conflictos adaptada al mundo globalizado a través de tribunales especializados y seguros.

Su éxito no solo beneficiará al arbitraje a nivel operativo, sino que impulsará las políticas sostenibles y medioambientales que reclama el planeta, de ahí la importancia que supone su apoyo dentro del mundo arbitral que debe evolucionar hacia un arbitraje ecológico y sostenible.

6. BIBLIOGRAFÍA

FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara Lidia. «La jurisdicción internacional en el comercio electrónico». En *Anuario del Departamento de Derecho Privado,* 2008.

GIMENEZ ONTAÑON, Vicente. «Estado actual de la utilización de la videoconferencia en la Administración de Justicia». En *Diario La Ley*, 24 de julio de 2003, n.º 5831.

GRAHAM, James. «Luxemburgo: la deslocalización del arbitraje virtual». En *Alfa-Redi: Revista de Derecho Informático*, 1 de agosto de 2003. Recuperado de <www.alfa-redi.org/revista/data/40-13.asp>.

HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy (Studies in Contemporary German Social Thought)*. Massachusetts: The MIT Press, 1996.

LARENA BELDARRAIN, Javier. «Valor y encaje de la reconstrucción virtual de accidentes dentro de los medios de prueba previstos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil». En *Societas & Lex*, 2002, n.º 6.

LORCA NAVARRETE, Antonio. *El arbitraje multimedia*. Madrid: Dykinson, 2000.

MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *El arbitraje como solución de conflictos en propiedad intelectual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

MERINO MERCHÁN, José Fernando. «El pacto de arbitraje en el comercio electrónico». En *Revista de la Contratación Electrónica,* 2002, n.º 25, pp. 1-24.

QUEAU, Philippe. Lo virtual. Virtudes y vértigos. Barcelona: Paidós Ibérica, 1995.

RIBÓN SEISDEDOS, Eugenio. «Instrumentos para impulsar la adhesión de los empresarios al Sistema Arbitral de Consumo». En *Noticias Jurídicas*. Recuperado de <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4279-instrumentos-para-impulsar-la-adhesion-de-los-empresarios-al-sistema-arbitral-de-consumo-/>, ponencia presentada en el VIII Congreso de arbitraje de consumo, Huelva, 20 de marzo de 2007.

WAGNER. David y Bruce SCHNEIER. *Analysis of the SSL 3.0 Protocol. The second USENIX Workshop on Electronic Commerce Proceedings*. Oakland: USENIX Press, 1996.

NOCIONES FUNDAMENTALES DEL ARBITRAJE COMERCIAL

Carolina Castellanos López [*]

Sumario: 1. El arbitraje como fórmula consensual a través de la historia.— 2. Nociones del arbitraje como proceso convencional y vinculante.— 3. La participación de un centro administrador: una expresión más de la voluntad de las partes.— 4. Bibliografía.

La voluntad de las partes expresada en el acuerdo de arbitraje es la base de todo arbitraje, entendido este como el desarrollo procesal de un convenio privado que, con el apoyo del orden jurídico positivo, encomienda la resolución de controversias mercantiles entre las partes que lo han celebrado a un tribunal arbitral. El arbitraje es un procedimiento de solución de controversias que se funda en la autonomía de la voluntad de quienes lo pactan. Así como las partes pueden resolver sus diferencias por un convenio o por una transacción, o como pueden encomendar a

[*] Abogada mexicana con veinte años de experiencia en arbitraje y gestión alternativa de conflictos. Se desempeñó como secretaria general del Centro de Arbitraje de México (CAM) por diez años (2004-2013) y actualmente es la presidenta del Consejo de Administración de dicho centro. Es profesora de cátedra en el ITESM (México) y en el ITAM (México). En su práctica independiente desde 2014 se desempeña como representante de parte en procedimientos arbitrales y como árbitra. Es miembro de la delegación mexicana del Comité Consultivo de Controversias Comerciales Privadas establecido de conformidad con el artículo 31.22(4) del T-MEC (antes Comité 2022).

un tercero la determinación del valor comercial de un bien, pueden también convenir encomendar a un tercero —al árbitro—, la resolución de la controversia.[1]

Este artículo da protagonismo a los fundamentos y principios de cualquier arbitraje comercial privado, con independencia de su carácter nacional o internacional, la materia u otras cuestiones procesales propias de la práctica arbitral. Veremos cómo todo es producto de la voluntad de las partes: la elección y desarrollo del arbitraje, la elección de las normas procesales y sustantivas, la competencia y las facultades del árbitro, la fuerza vinculante del laudo y la facultad de los centros administradores para participar en un arbitraje, entre otras.

Cuando me decanté por darle esta orientación al artículo me pareció interesante iniciar con un breve recorrido histórico para contextualizar los antecedentes del arbitraje y su concepción originaria de un proceso consensual. Enseguida, me refiero a las nociones del arbitraje como proceso convencional y vinculante que en la consideración de la suscrita son las fundamentales, para finalmente ofrecer al lector un bosquejo en torno a la participación de un centro administrador en un arbitraje, como una expresión más de la voluntad de las partes.

1. EL ARBITRAJE COMO FÓRMULA CONSENSUAL A TRAVÉS DE LA HISTORIA

Se sabe que las raíces del arbitraje comercial privado se encuentran en forma incipiente desde los tiempos más remotos. En la Biblia, particularmente en Génesis y Éxodo, ya se hace referencia a los árbitros.[2] No obstante, los doctrinarios coinciden en que el arbitraje, desde un punto de vista procesal, encuentra sus orígenes en el derecho romano, de ahí

---

1 «Naturaleza jurídica del arbitraje». En FLORES RUEDA, Cecilia y José ABASCAL ZAMORA. *Diccionario Enciclopédico de Arbitraje Comercial*. México D. F: Themis, 2010, p. 203.

2 SIQUEIROS, José Luis. *El arbitraje en los negocios internacionales de naturaleza privada*. México D. F.: Miguel Ángel Porrúa Grupo Editorial, Escuela Libre de Derecho, Fondo para la Difusión del Derecho, 1992, pp. 7-9.

que se diga que «[…] el juicio arbitral es tan antiguo como el derecho romano».[3] El procesalista italiano Carnelutti se refiere al arbitraje como el inmediato antecedente del proceso jurisdiccional.[4]

La Ley de las Doce Tablas ya contenía disposiciones relativas a los árbitros, entre las cuales, y a manera de síntesis, se señalan las siguientes: (a) los árbitros se llamaban también compromisorios y *receptus*. La primera palabra tenía su origen en el compromiso que celebraban las partes para someter sus diferencias al árbitro; la segunda se refería al hecho de que el árbitro era admitido por los litigantes con el mismo objeto; (b) los jueces podían ser árbitros, excepto en los negocios en los cuales tenían conocimiento previo; (c) no podían ser árbitros los sordomudos, los esclavos, las mujeres ni los menores de veinte años; (d) se postulaba a un solo árbitro o a varios, pero en este último caso, el número debía ser impar, a efecto de que los votos no se empataran; (e) no había acción para obligar a los árbitros a dar su voto, pero en caso de que no lo hicieran, eran responsables de los daños y perjuicios que se ocasionaran a las partes; (f) el compromiso era nulo cuando el nombramiento de los árbitros recaía en una persona que no podía desempeñar el cargo, o cuando era suscrito por personas a quienes tampoco les era lícito comprometer sus negocios, o cuando se pronunciaba el laudo fuera del tiempo estipulado; (g) para que la sentencia de los árbitros fuera válida era indispensable que la pronunciara delante de las partes, a menos que estas hubieran autorizado que se hiciera de otra manera; (h) el cargo de árbitro no podía delegarse por su carácter personalísimo; e (i) los árbitros no tenían poder coercitivo para obligar a las partes a comparecer en juicio o cumplir lo ordenado en el laudo; por lo tanto, el compromiso carecía de valor si no era acompañado de la estipulación de una pena para el caso de que las partes se negaran a acatar la resolución de los árbitros. Este sistema

3 PALLARES, Eduardo. *Diccionario de derecho procesal civil*. México D. F.: Porrúa, 1975, p. 370.

4 CARNELUTTI, Francesco. *Estudios de Derecho Procesal*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, 1952, vol. II, p. 522.

fue modificado por Justiniano, quien concedió la acción de cosa juzgada para hacer cumplir el laudo.[5]

De la misma manera, la Ley de las Siete Partidas contenía disposiciones relativas a los árbitros y a las funciones que estos desempeñaban, señalando que «[…] los árbitros, en latín, y avenidores, en romance, son las personas escogidas o puestas por las partes para librar la contienda».[6]

El arbitraje y las normas de derecho romano llegaron hasta el Sacro Imperio Germánico y pudieron subsistir tanto en la estructura romana como germánica de España bajo la administración de los visigodos y los bizantinos. Así, pues, el Fuero Juzgo, el Fuero Real, las Siete Partidas, y la Nueva y Novísima Recopilación contenían disposiciones referentes a la designación de «avenidores», de «árbitros» (letrados) y de «arbitradores» (no letrados). Se regulaba también el compromiso arbitral, así como lo relativo al laudo y la ejecución del mismo.

Con el tiempo, la institución del arbitraje se extendió al nuevo continente. Las legislaturas latinoamericanas importaron el concepto de la solución pacífica de las controversias, así como el uso del arbitraje para resolver diferencias comerciales, lo cual se fue incorporando poco a poco en los códigos comerciales y en los ordenamientos procesales civiles de todas las naciones latinoamericanas.

En México, el Código de Comercio entró en vigor en 1890 y regulaba todas las materias de carácter comercial, mismas que paulatinamente se fueron separando para formar distintos ordenamientos jurídicos, lo que no sucedió en el caso de la materia arbitral. Lo cierto es que, en 1993, México adoptó la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI (Ley Modelo de la CNUDMI) en el Título

---

5 *Idem*, p. 371.

6 BRISEÑO SIERRA, Humberto. *El arbitraje en el derecho privado*. México: Imprenta Universitaria, 1963, p. 20.

Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio, intitulado «Del arbitraje comercial», entendida desde entonces como la ley arbitral mexicana, aplicable a todos los procedimientos arbitrales comerciales, nacionales o internacionales, que tengan como lugar del arbitraje alguna ciudad de la república mexicana, así como aplicable al reconocimiento y ejecución en México de laudos dictados en el extranjero.[7]

Se dice que el inicio del arbitraje comercial internacional privado en la era contemporánea lo marca el Protocolo de Ginebra de 1923 y la consecuente Convención de Ginebra para la Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros de 1927. Después de la Segunda Guerra Mundial se sometió a discusión en la Organización de las Naciones Unidas (ONU) una nueva convención sobre la ejecución de laudos extranjeros, la cual se aprobó en Nueva York en 1958: la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, conocida mundialmente como la Convención de Nueva York, misma que marcó un parteaguas en el desarrollo moderno del arbitraje. México la ratificó sin reservas en 1971.

Por otra parte, en Panamá, en 1975, los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) firmaron la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial (Convención de Panamá), similar en sus alcances a la Convención de Nueva York. México la ratificó en 1978.

Otro gran paso en la evolución del arbitraje comercial privado fue la creación de instituciones arbitrales, a saber: en 1892 se creó la Corte de Londres de Arbitraje Internacional (LCIA) con sede en Londres, seguida en 1923 de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) con sede en París, y la Asociación Americana de Arbitraje (AAA) creada en 1926 con sede en Nueva York,

7 Artículo 1415 del Código de Comercio mexicano.

cuya intervención en los procesos arbitrales es de carácter meramente administrativo.

En el caso de México, podemos afirmar que contamos con un marco jurídico favorable al arbitraje y con instituciones arbitrales serias, ambos elementos pilares fundamentales en el desarrollo del arbitraje en cualquier país. Entre las instituciones arbitrales más importantes en México encontramos al Centro de Arbitraje de México (CAM), constituido en 1997, y a la Comisión de Mediación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (Canaco), cuyo reglamento de arbitraje entró en vigor en el año 2000.

2. NOCIONES DEL ARBITRAJE COMO PROCESO CONVENCIONAL Y VINCULANTE

El arbitraje es una institución jurídica creada por particulares para resolver una controversia presente o futura previamente determinada por las partes. El arbitraje es producto del consentimiento de dichas partes, expresado a través del acuerdo de arbitraje, que no es otra cosa que un acto jurídico capaz de producir consecuencias jurídicas entre quienes lo suscriben.

Así lo explica el ministro en retiro mexicano Carlos de Silva Nava:[8]

> El arbitraje, al que podríamos llamar ordinario, es producto del consentimiento de las partes, y sus efectos jurídicos provienen de la capacidad de las personas de producir actos jurídicos. […] El origen o causa de los procedimientos de arbitraje, así como su justificación, es un acuerdo de voluntades entre las partes en un conflicto (presente o futuro) mediante el cual se someten al procedimiento relativo y a las decisiones del o de los árbitros que habrán de intervenir en la solución de la controversia. El laudo que se produzca tiene fuerza jurídica, precisamente porque la

8 DE SILVA NAVA, Carlos. *El arbitraje comercial y el juicio de amparo*. México D. F: Centro de Comercio Internacional UNCTAD/WTO, Centro de Arbitraje de México (CAM), 2003, pp. 207-209, en el capítulo 17 «Arbitraje y solución alternativa de controversias: cómo solucionar las controversias mercantiles internacionales».

> voluntad que se expresa en la emisión de los actos jurídicos como el acuerdo o compromiso arbitral es capaz de producir consecuencias jurídicas, entre ellas, la de quedar sometidos los interesados a la decisión que adopte un tercero, que es el árbitro. Los actos jurídicos, al producir consecuencias, constituyen normas jurídicas, aun si se trata de los producidos por particulares, pues a través de la manifestación de la voluntad se establece la conducta que habrán de seguir las personas que pueden resultar afectadas por el acto. Por ejemplo, en un contrato bilateral las partes, de común acuerdo, establecen las conductas que de manera obligatoria habrán o no de realizar, lo que supone el establecimiento de normas, aunque particularizadas. Ello explica que las normas que producen los particulares solo a ellos obliguen, pues como regla casi absoluta, no pueden afectar a quienes no han prestado su consentimiento en la celebración del acto de que se trate. […] El fin del arbitraje consiste en que la controversia de que se trate concluya con una resolución (laudo) que resulte obligatoria para las partes y que, en caso de incumplimiento, pueda lograrse su ejecución forzada. De conformidad con lo dicho, al tener el laudo arbitral un contenido, ese contenido consiste en una o varias normas jurídicas particularizadas, pues provienen de un particular. […].

Desde un punto de vista procesal, el arbitraje es una forma heterocompositiva de solucionar controversias. Dentro de las formas heterocompositivas existen propiamente dos: la que implica la intervención del órgano judicial y la del arbitraje. En los dos casos existe jurisdicción, entendida como la facultad de decidir una controversia con fuerza vinculante mediante la aplicación de la ley general y abstracta al caso particular y concreto. Jurisdicción significa etimológicamente «decir del derecho».[9]

Dirijo ahora su atención al siguiente precedente emitido por los tribunales colegiados mexicanos:

---

9 LOPERENA RUIZ, Carlos. «Naturaleza del arbitraje, aspectos generales en derecho mexicano». En *El arbitraje en las relaciones de consumo*. México D. F.: Procuraduría Federal del Consumidor, 1997, p. 16.

Acceso a los mecanismos alternativos de solución de controversias, como derecho humano. Goza de la misma dignidad que el acceso a la jurisdicción del Estado

Los artículos 17, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocen a favor de los gobernados el acceso efectivo a la jurisdicción del Estado, que será encomendada a tribunales que estarán expeditos para impartir justicia, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial; en ese sentido, la Constitución Federal en el citado artículo 17, cuarto párrafo, va más allá y además de garantizar el acceso a los tribunales previamente establecidos, reconoce, como derecho humano, la posibilidad de que los conflictos también se puedan resolver mediante los mecanismos alternativos de solución de controversias, siempre y cuando estén previstos por la ley. Ahora bien, en cuanto a los mecanismos alternativos de solución de controversias, se rescata la idea de que son las partes las dueñas de su propio problema (litigio) y, por tanto, ellas son quienes deben decidir la forma de resolverlo, por lo que pueden optar por un catálogo amplio de posibilidades, en las que el proceso es una más. Los medios alternativos consisten en diversos procedimientos mediante los cuales las personas puedan resolver sus controversias, sin necesidad de una intervención jurisdiccional, y consisten en la negociación (autocomposición), mediación, conciliación y el arbitraje (heterocomposición). En ese sentido, entre las consideraciones expresadas en la exposición de motivos de la reforma constitucional al mencionado artículo 17, de dieciocho de junio de dos mil ocho, se estableció que los mecanismos alternativos de solución de controversias «son una garantía de la población para el acceso a una justicia pronta y expedita […], permitirán, en primer lugar, cambiar al paradigma de la justicia restaurativa, propiciarán una participación más activa de la población para encontrar otras formas de relacionarse entre sí, donde se privilegie la responsabilidad personal, el respeto al otro y la utilización de la negociación y la comunicación para el desarrollo colectivo»; ante tal contexto normativo, debe concluirse que tanto la tutela judicial como los mecanismos alternos de solución de controversias, se establecen en un mismo plano constitucional y con la misma dignidad y tienen como

> objeto, idéntica finalidad, que es, resolver los diferendos entre los sujetos que se encuentren bajo el imperio de la ley en el Estado Mexicano.[10]

Si bien todo justiciable tiene derecho al acceso a la justicia impartida por el Estado a través de sus tribunales sin necesidad de pacto expreso, el acceso al arbitraje está supeditado al consentimiento de los particulares que opten por esta alternativa para la solución de sus controversias comerciales, expresado a través del acuerdo de arbitraje.

De ahí que la fuerza jurídica del arbitraje y del laudo mismo es consecuencia de la naturaleza del convenio o acuerdo arbitral en tanto acto jurídico que es susceptible de crear, transmitir, modificar o extinguir situaciones jurídicas particulares.

Así, quienes pactan arbitraje gozan del derecho de que todos los elementos de su controversia sean resueltos conforme a ese mecanismo privado y no por las vías jurisdiccionales que elijan posteriormente otras partes de la relación comercial. Los artículos 1424, 1464 y 1465 de la ley arbitral mexicana disponen que el juez requerido en un asunto que las partes hayan acordado someter al arbitraje tiene la obligación de suspender el juicio y remitir el asunto al arbitraje a solicitud de la parte interesada en hacer prevalecer el acuerdo de arbitraje. Esta acción es la que conocemos como la remisión judicial al arbitraje.

Decíamos que el imperio de los tribunales judiciales no está supeditado al consentimiento de los particulares: los jueces resuelven controversias en calidad de autoridades. En cambio, la facultad del árbitro de derecho privado para resolver una controversia de manera vinculante deviene estrictamente del acuerdo de las partes, a través del cual se le confiere dicha función.

---

10 Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito. Registro: 2004630. Publicada el 13 de septiembre de 2012. Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Es esta, precisamente, una de las consideraciones por las que un árbitro no puede ser considerado autoridad en términos de la Ley de Amparo mexicana. La jurisprudencia mexicana ha considerado que uno de los elementos del acto de autoridad es que se produce con imperio, lo cual equivale a estimar que el juzgador puede dotar de plena coercitividad a sus actos. El árbitro carece de imperio, pues sus decisiones no pueden ser ejecutadas forzosamente sin que previamente un juez haya reconocido el laudo y ordenado su ejecución, a través de los procedimientos de reconocimiento y ejecución de laudos, o de nulidad, previstos en la ley arbitral mexicana como en toda ley que derive de la Ley Modelo de la CNUDMI, cuyo antecedente está en la Convención de Nueva York.

El siguiente precedente judicial ilustra lo apuntado anteriormente:

> **Autoridad responsable para efectos del juicio de amparo. No tienen ese carácter los árbitros privados**
>
> Los árbitros cuando tienen la facultad de resolver los conflictos jurídicos que las partes someten a su consideración, como emana de un compromiso formado entre particulares, su función es privada, esto es, los actos que emiten derivan del acuerdo de voluntades celebrado entre las partes que da origen al procedimiento arbitral; por tanto, se trata de un arbitraje privado voluntario o contractual, debido a que las partes renunciaron al conocimiento de la controversia por una autoridad judicial para someterse a la decisión de un particular; de ahí que no son funcionarios del Estado ni tienen jurisdicción propia o delegada, dado que sus facultades no derivan de una norma general, sino de la voluntad de los contratantes expresada en el acuerdo que la ley reconoce, y como quien nombra a los árbitros y determina los límites de su oficio, no obra en interés público, o sea, en calidad de órgano del Estado, sino en interés privado, lógicamente sus funciones no son públicas, sino privadas, lo que significa que carecen de imperio, de manera que los árbitros no pueden conceptuarse como autoridades del Estado ni sus actos son equivalentes a los de una autoridad responsable para efectos del juicio de amparo, de conformidad con el primer párrafo de la fracción II del

> artículo 5o. de la ley de la materia, por lo que resulta improcedente el juicio de amparo promovido en su contra.[11]

Así, pues, el vínculo del particular con los tribunales judiciales nace de la ley; en cambio, el vínculo del particular con el árbitro nace de su voluntad. De ahí que la primera norma que rige al arbitraje es el acuerdo de las partes para someterse a dicho proceso alternativo de solución de controversias.

Ahora bien, si hay una controversia que afecte a varias personas jurídicas, pero solo algunas de ellas han decidido sujetarse al arbitraje a través del pacto arbitral, el árbitro solamente podrá pronunciarse en cuanto a los derechos de las partes que han consentido el arbitraje y no podrá resolver sobre los derechos de los terceros que no se sometieron al arbitraje, aunque estén implicados en la controversia. La competencia del árbitro para conocer y decidir una controversia se limita al alcance o ámbito de aplicación del acuerdo de arbitraje, aunado a que es el árbitro el competente *prima facie* para decidir sobre su propia competencia cuando alguna de las partes alegue excepciones en torno a la existencia, validez o ámbito de aplicación del acuerdo de arbitraje, en virtud de los principios competencia-competencia y separabilidad del acuerdo arbitral.[12]

Luego, entonces, nadie puede ser llevado al arbitraje sin haberse comprometido a ello; sin embargo, una vez otorgado su consentimiento no puede desligarse del vínculo arbitral, por lo que el laudo será vinculante para las partes, pues es la voluntad de las partes la que da fuerza jurídica a la resolución. Así, el carácter vinculante del arbitraje se desprende también del principio *pacta sunt servanda*, lo que significa que las partes están obligadas a cumplir sus acuerdos.

---

11 Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Registro: 2020940. Publicada el 8 de noviembre de 2019. Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

12 Artículo 1432 del Código de Comercio mexicano, el cual tiene su antecedente en el artículo 16 de la Ley Modelo de la CNUDMI.

El siguiente precedente judicial mexicano se refiere precisamente a estos aspectos:

> **Arbitraje comercial. las partes no pueden desconocer la cláusula en la que se obligaron a someterse a este**
>
> El arbitraje comercial es uno de los medios alternativos para la solución de conflictos en el ámbito comercial, establecido para la comunidad nacional e internacional, el cual nace del pacto expreso entre dos o más partes para resolver las controversias que surjan o hayan surgido entre ellas, mediante un procedimiento legal o específico que debe respetar las formalidades esenciales del procedimiento, atribuyendo a un tercero o a un tribunal, que son sujetos ajenos a los intereses en disputa, la facultad de resolver el litigio existente mediante un laudo, que tendrá fuerza vinculatoria para ambas partes. En ese orden de ideas, el arbitraje es de naturaleza convencional, pues se basa en la autonomía de la voluntad de cada persona, con sustento en la libertad contractual de las partes, solamente que su objeto específico es otorgar facultades a un tercero para resolver una controversia que puede ser sustraída del ámbito jurisdiccional estatal; en consecuencia, las partes no pueden desconocer la cláusula que contenga el acuerdo de arbitraje comercial, toda vez que sería tanto como desconocer la voluntad que tuvieron de obligarse a someter sus controversias ante dicho arbitraje, es decir, las partes deben ser fieles a ese compromiso arbitral que han pactado.[13]

El arbitraje es un proceso de única instancia, a diferencia del juicio ante los tribunales. Ello porque contra el laudo arbitral no procede ningún recurso que revise el fondo, sino únicamente la petición de nulidad ante el tribunal judicial competente, el que podrá declarar nulo o no un laudo arbitral en tanto la parte que interponga dicha petición acredite ante el juez la verificación de alguna de las causales previstas de manera limitativa por la ley arbitral o bien, que el juez compruebe que, según la ley del lugar del arbitraje en cuestión, el objeto de la controversia

[13] Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Registro: 2021192. Publicada el 6 de diciembre de 2019. Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

no es susceptible de arbitraje o que el laudo es contrario al orden público de dicha sede.[14]

Sin perjuicio de lo anterior, el laudo arbitral, en tanto no sea cumplido voluntariamente y con independencia del país donde haya sido dictado, podrá ser reconocido como vinculante y ejecutado tras la petición por escrito al tribunal judicial competente. El juez solo podrá denegar el reconocimiento y la ejecución del laudo cuando la parte contra la cual se invoca el laudo acredite ante el juez la verificación de alguna de las causales previstas por la ley arbitral o bien, que el juez compruebe que, según la ley del país donde se pretende ejecutar, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o que el reconocimiento y la ejecución del laudo, en su caso, serían contrarios al orden público de dicho país.[15]

---

14 Del Código de Comercio mexicano
Artículo 1457.- «Los laudos arbitrales solo podrán ser anulados por el juez competente cuando:
I.- La parte que intente la acción pruebe que:
a) Una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiese indicado a ese respecto, en virtud de la legislación mexicana;
b) No fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no hubiere podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos;
c) El laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, solo se podrán anular estas últimas; o
d) La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron en el acuerdo celebrado entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición del presente Título de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se ajustaron al presente Título; o
II.- El juez compruebe que, según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o que el laudo es contrario al orden público».
El artículo 1457 del Código de Comercio tiene su antecedente en el artículo 34 de la Ley Modelo de la CNUDMI.

15 Artículo 1462 del Código de Comercio mexicano, el cual tiene su antecedente en el artículo 36 de la Ley Modelo de la CNUDMI y en el artículo V de la Convención de Nueva York.

3. LA PARTICIPACIÓN DE UN CENTRO ADMINISTRADOR: UNA EXPRESIÓN MÁS DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES

La ley arbitral mexicana, como todas aquellas basadas en la Ley Modelo de la CNUDMI, no exige requisitos especiales para que una institución pueda ofrecer los servicios de administración de procedimientos arbitrales, siendo la voluntad de las partes la que las faculta para actuar en un arbitraje.

Los centros administradores no deciden las controversias, sino que únicamente intervienen para crear las condiciones necesarias para que el o los árbitros cumplan con su mandato consistente en resolver la controversia planteada.

Las partes pueden elegir al centro administrador mediante la referencia que al mismo se haga en el acuerdo de arbitraje. El artículo 1417 fracciones I y II del Código de Comercio mexicano señala que cuando una disposición de la ley arbitral deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad entrañará la de autorizar a un tercero, incluida una institución (administradora), a que adopte la decisión de que se trate, salvo el dictado del laudo, y que cuando se refiera a un acuerdo entre las partes se entenderán comprendidas en ese acuerdo todas las disposiciones del reglamento de arbitraje a que dicho acuerdo remita.[16]

Así, la participación de un centro administrador se materializa cuando el acuerdo de arbitraje prevé expresamente su actuación, o bien prevé la aplicación de su reglamento de arbitraje, constituyéndose este último como las normas procesales aplicables al caso concreto, y de manera supletoria, las disposiciones de la ley arbitral del lugar del arbitraje.

---

16 El antecedente de este artículo está en el diverso artículo 2 de la Ley Modelo de la CNUDMI.

Los reglamentos de arbitraje de los centros administradores establecen cuáles son sus facultades, atribuciones y alcances. En términos generales, las funciones que lleva a cabo un centro administrador son las siguientes: (i) tener por iniciado el procedimiento arbitral con la solicitud de arbitraje; (ii) notificar la solicitud de arbitraje a la demandada; (iii) llevar a cabo el proceso de constitución del tribunal arbitral conforme al acuerdo arbitral y el reglamento aplicable; (iv) confirmar a los árbitros nombrados por las partes, previa verificación de su imparcialidad e independencia; (v) fijar y solicitar a las partes el pago del depósito de fondos para cubrir los gastos del arbitraje, conforme a su arancel de costos; (vi) verificar el cumplimiento de los plazos procesales que establezca el reglamento como, por ejemplo, plazos para la remisión del acta de misión y la emisión del laudo final; (vii) resolver toda solicitud de recusación de árbitros y, de ser el caso, nombrar al árbitro sustituto; (viii) en algunos casos, llevar a cabo el examen previo del laudo, para su posterior aprobación; (ix) notificar el laudo final a las partes; (x) dar trámite a toda solicitud de corrección, complemento o interpretación del laudo; (xi) pagar a los árbitros sus honorarios con cargo al depósito de fondos cubierto por las partes; y (xii) velar porque el reglamento de arbitraje se cumpla a cabalidad, entre otras.

Los árbitros, en cambio, tendrán la función primordial y personalísima de resolver la controversia que haya sido sometida a la administración del centro administrador o que les haya sido sometida directamente, en caso de un arbitraje *ad hoc*.

Para ello, los árbitros, en uso de las facultades conferidas por las partes mediante el acuerdo de arbitraje, y de conformidad con el reglamento de arbitraje y la ley de arbitraje aplicable:[17] (i) fijarán la litis en función de las pretensiones y promociones de las partes; (ii) conducirán el procedimiento arbitral con base en las reglas convenidas por las partes y, a falta de acuerdo, podrán hacerlo del modo que consideren apropiado

17 La ley arbitral del lugar del arbitraje.

incluyendo la determinación sobre la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas;[18] y (iii) resolverán la controversia de manera definitiva y vinculante por medio de la rendición del laudo final.

Visto lo anterior, es de concluir que, teniendo un acuerdo de arbitraje capaz de producir consecuencias jurídicas, lo más importante en un arbitraje será respetar la autonomía de la voluntad de las partes, tratándolas con igualdad y asegurando que tengan plena oportunidad de hacer valer sus derechos.[19]

4. BIBLIOGRAFÍA

BRISEÑO SIERRA, Humberto. *El arbitraje en el derecho privado*. México: Imprenta Universitaria, 1963.

CARNELUTTI, Francesco. *Estudios de Derecho Procesal*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, 1952, vol. II.

DE SILVA NAVA, Carlos. *El arbitraje comercial y el juicio de amparo*. México D. F: Centro de Comercio Internacional UNCTAD/WTO, Centro de Arbitraje de México (CAM), 2003.

FLORES RUEDA, Cecilia y José ABASCAL ZAMORA. *Diccionario Enciclopédico de Arbitraje Comercial*. México D. F: Themis, 2010.

LOPERENA RUIZ, Carlos. «Naturaleza del arbitraje, aspectos generales en derecho mexicano». En *El arbitraje en las relaciones de consumo*. México D. F.: Procuraduría Federal del Consumidor, 1997.

18 Artículo 1435 del Código de Comercio mexicano, cuyo antecedente está en el artículo 19 de la Ley Modelo de la CNUDMI.

19 Artículo 1434 del Código de Comercio mexicano, cuyo antecedente está en el artículo 18 de la Ley Modelo de la CNUDMI.

PALLARES, Eduardo. *Diccionario de derecho procesal civil*. México D. F.: Porrúa, 1975.

SIQUEIROS, José Luis. *El arbitraje en los negocios internacionales de naturaleza privada*. México D. F.: Miguel Ángel Porrúa Grupo Editorial, Escuela Libre de Derecho, Fondo para la Difusión del Derecho, 1992, pp. 7-9.

EL ARBITRAJE COMO MECANISMO ÓPTIMO PARA SOLUCIONAR CONTROVERSIAS DERIVADAS DEL PROBLEMA DE AGENCIA

Claudia Beatriz Paccieri Rojas [*]

Sumario: 1. Introducción.— 2. La evolución e influencia del arbitraje en el mundo corporativo.— 3. Problema de agencia y control de la corporación.— 4. Eficacia de aplicar el arbitraje para mitigar los daños de los problemas de agencia.— 5. Bibliografía.

Desde sus inicios, el arbitraje ha estado vinculado a los mercaderes para solucionar sus controversias con otros comerciantes y también con sus administradores, siendo un procedimiento eficaz para ese efecto. El arbitraje es actualmente usado para cuestiones de carácter comercial de relevancia mercantil, complejas y con partes mayormente sofisticadas. Por lo tanto, el arbitraje tiene alta especialización tanto por los árbitros y centros técnicos como por las partes y sus abogados. Por otro lado, el mundo corporativo está en una vorágine de cambio acelerado que lo expone con mayor frecuencia a enfrentar problemas de relevancia legal por decisiones u omisiones, responsabilidad de la alta gerencia. Si bien

[*] Abogada por la Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra - UPSA. Magíster en Desarrollo Económico Internacional y Políticas Públicas de Duke University, diplomada en Integración Regional y Relaciones Económicas Internacionales por la Universitat de Barcelona. Becaria Fulbright y de la Fundación Carolina. Actualmente, doctoranda en Ciencias Empresariales. Directora ejecutiva del Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial de la Cámara de Industria, Comercio, Servicios y Turismo de Santa Cruz, Bolivia - Cainco y secretaria general del Capítulo Bolivia de la Cámara de Comercio Internacional - ICC Bolivia. Profesora de Análisis Económico del Derecho de la Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra, y de Gestión de Conflictos y Controversias de la UAGRM Business School.

no son situaciones desconocidas, ha sido el impacto de esa responsabilidad subyacente de los administradores, lo que ha llevado al abordaje académico desde la perspectiva del problema de agencia, por las tensiones naturales que se presentan entre los accionistas y ejecutivos o accionistas y ejecutivos-accionistas ante la falta de los incentivos necesarios para provocar que lo intereses estén alineados. También desde la academia han surgido remedios a estos potenciales problemas, siendo uno de ellos la implementación de un buen gobierno corporativo. Pero incluso tendiendo mecanismos institucionales para mitigar estas tensiones y potenciales daños, existen controversias cuyo origen está en las decisiones tomadas por la alta gerencia. La tesis de este artículo es que para ese tipo de relaciones también se puede aplicar el arbitraje y que el solo tener incorporada la cláusula se convierte en un incentivo positivo para corregir cualquier acción del agente (ejecutivo) que vaya en contra de los intereses del principal (accionista).

1. INTRODUCCIÓN

Aunque el arbitraje es de larga data, es en el siglo XX que ha tenido un acelerado crecimiento y evolución. A decir, ha sido incorporado por la gran mayoría de repúblicas libres como el mecanismo idóneo para resolver, mayormente, las controversias de naturaleza comercial. Es decir, han sido los mercaderes sus principales impulsores. Sin embargo, en la medida en que su práctica se ha ido extendiendo y, por lo tanto, sofisticando, ha ido ampliando sus fronteras naturales para dirimir controversias. Actualmente, existe doctrina y jurisprudencia de arbitrajes legales. El caso de seguros es el más extendido[1] por las connotaciones y características propias de esa materia, pero también existen experiencias

[1] «Los derechos del asegurado-consumidor solo tienen sentido en la medida que pueden hacerse efectivos, lo que ocurre normalmente por medio de una reclamación. De nada serviría el reconocimiento de un sinfín de derechos sustantivos si carecen de mecanismos eficaces para hacerlos valer, motivo por el cual varios países han dedicado esfuerzos para mejorar el acceso de los consumidores a la justicia, ya sea favoreciendo su protección judicial o articulando procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos (ADR/MASC) más efectivos y

como la peruana con respecto al arbitraje obligatorio en contratos administrativos.[2] A decir de Castillo Freyre: «se trata de una situación especial en el contexto de América Latina, porque no solo se implantó el arbitraje obligatorio, sino que, además, ello significó que el Estado peruano era consciente de que no necesariamente el propio Estado resultaba ser el más indicado para administrar justicia en sus propios conflictos». La obligatoriedad de arbitrar para cuestiones derivadas de contratos administrativos está estipulada en la Constitución Política del Estado del Perú. La experiencia peruana da cuenta que el arbitraje trasciende las fronteras típicas del ámbito comercial o internacional para también amoldarse a las necesidades y satisfacción de demandas de partes *a priori* complejas como son los Estados y las empresas o conglomerados corporativos que se vincularán con el Estado mediante un negocio jurídico. Las controversias que derivan de contratos administrativos pueden ser de naturaleza muy variada (obligaciones unilaterales, sinalagmáticas, *stricti iuris*, *bona fidei*, etc.), pero también un arbitraje puede ser recurrido (en tanto los límites de la cláusula lo permitan) en torno a decisiones y las consecuencias de esas decisiones.

En el caso boliviano, el arbitraje está dirigido hacia el sector privado casi exclusivamente. La Ley 708, de 25 de junio de 2015, de Conciliación y Arbitraje Comercial ha excluido como materia arbitrable a los contratos administrativos[3], cuestión que sí estaba admitida en la anterior

eficientes, tales como la mediación o el arbitraje». VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda. «Solución de conflictos en el contrato de seguro: algunos problemas que se plantean a partir del sistema actual y su coexistencia con el régimen de consumo. Una propuesta de interpretación y reconstrucción». En *Rev. Derecho (Concepción)*, 2018, n.º 244, vol. 86, pp. 129-176. Recuperado de <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-591X2018000200129&lng=es&nrm=iso>.

2 CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. «Arbitraje obligatorio y de derecho en la contratación pública». En *Rev. Bol. Der.,* 2011, n.º 11, pp. 204-221. Recuperado de <http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572011000100009&lng=es&nrm=iso>.

3 Ver <https://fundempresa.org.bo/docs/content_new/ley-n-708-conciliacion-y-arbitraje-_223.pdf>, artículo 4.

Ley 1770, de 10 de marzo de 1997, de Arbitraje y Conciliación.[4] Esto ha limitado, por lo tanto, que el arbitraje tenga una evolución natural, como el caso peruano, hacia las disputas que versen sobre contratos administrativos. Lo que se ha visto desde la promulgación de la Ley 708 es el uso y aplicación del arbitraje para cuestiones no tan comunes, pero si permitidas por la ley, asuntos relacionados con rentas de alquiler, exclusión de socios y problemas derivados entre socios.

Tradicionalmente, el arbitraje comercial tiene por objeto las controversias originadas en derechos disponibles, esto se ha aparejado a derechos patrimoniales, es decir, aquellos que cumplen esencialmente con dos características: son potencialmente, aunque no necesariamente, sujetos a registro[5] (público o privado) y generan frutos para su titular.

Desglosando, podríamos decir, que (i) se necesita tener un derecho patrimonial o disponible claramente especificado; y (ii) la controversia, en general, va a versar sobre las decisiones (expresas o tácitas) que el titular haya tomado con respecto a los efectos del derecho disponible/patrimonial. Indudablemente que uno de los elementos principales es el consenso que debe existir entre las partes para acudir al arbitraje; consenso[6] que puede manifestarse de forma previa al surgimiento de la controversia y que coincida con el momento en el que se establezca la relación jurídica o de forma posterior al surgimiento de la controversia.

---

4 Ver <https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/A22524152FADF48B05257D08005617BE/$FILE/arb_Bolivia.pdf>, artículo 6.

5 Sujetos a registro: en referencia a la explotación que de ese derecho se puede hacer y se está aplicando la aceptación amplia de registro, incorporando los que emerjan de un contrato.

6 OMPI, Organización Mundial de Propiedad Intelectual, página web: <http://www.wipo.int/amc/es/arbitration/what-is-arb.html>.

En el mundo corporativo, podemos reconocer claramente dos sujetos: (i) el accionista y (ii) el ejecutivo. La ciencia económica tiene desarrollada la teoría de agencia,[7] un problema que se ha venido gestionando con la teoría económica de los contratos, entre otros.

El accionista es dueño de una porción de la empresa, tiene a efectos de la teoría arbitral, un derecho disponible; el ejecutivo, por su parte, puede o no tener propiedad sobre una porción de la empresa, pero por la posición que ocupa y el encargo que tiene, posee acceso a la información y desarrolla un monopolio (esto puede ser visto como una potencial amenaza para los intereses del accionista) en la difusión de la información y también tendrá prioridad en la toma de decisiones. La relación laboral que los une es solo uno de los elementos de esa relación jurídica, ambas partes —tal cual lo encontramos en el problema de agencia— poseen derechos disponibles y la toma de decisiones que afectará a esos derechos disponibles. Queda claro que subyace una responsabilidad civil y la tesis de este artículo es que entre ambos sujetos también se puede suscribir una cláusula arbitral.

2. LA EVOLUCIÓN E INFLUENCIA DEL ARBITRAJE EN EL MUNDO CORPORATIVO

Definitivamente, han sido los mercaderes y los gremios los mayores impulsores de la práctica del arbitraje. Sus necesidades y el contexto histórico y económico del siglo XX sentaron las bases jurídicas para su im-

7 «Se habla de situación o contrato de agencia siempre que existe un contrato de ocupación en el que una persona (principal) encarga a otra (agente) la gestión de una actividad o de una unidad económica, dejándole autonomía en la toma de decisiones y aceptando el agente actuar defendiendo los intereses del principal. En esta relación es característico que el principal no supervise detalladamente las acciones del agente, a diferencia de lo que haría si se tratase de un empleado "normal", dado que le otorga cierta autonomía de decisiones. En consecuencia, el principal no conoce normalmente el grado de esfuerzo real ni el acierto o eficacia de la gestión del agente, sino solamente el resultado final que se deriva de esta». VERGÉS, Joaquim. *Control e incentivos en la gestión empresarial*. Recuperado de <http://webs2002.uab.es/jverges/CONT_PDF/2CONTROL.PDF>, capítulo 2: «Teoría de la agencia y control óptimo».

pulso decidido desde los Estados, siendo una de las mayores herramientas para garantizar el éxito del arbitraje, por su cobertura y eficacia para la ejecución de la decisión final, la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrajes Extranjeras, de 1958. Hemos visto en el presente siglo cómo la práctica arbitral se ha ido sofisticando, especialmente en lo que concierne al mundo corporativo. Sin embargo, es pertinente hacer una revisión de aquellos hitos arbitrales que han ido gravitando en lo corporativo, para entender el posible devenir.

En el derecho romano existía el proceso privado que contemplaba que la definición del litigio la hacía un privado y la resolución de la controversia era dada por un órgano privado. Las partes se comprometían a cumplir con la decisión con base en un contrato arbitral llamado *litis contestatio*.[8]

Aunque luego las partes perderían la atribución de nombrar a los jueces, pues serían designados por el pretor, el derecho romano mantuvo el arbitraje privado como un mecanismo alternativo a la vía judicial para resolver controversias, en el que la «sentencia arbitral es irrevocable e inapelable, sin que se pueda rehusar su cumplimiento, porque a ello se han obligado las partes».[9]

En la Edad Media, el auge de los gremios y también la creciente burguesía propició para que el arbitraje se expanda. Según Feldstein, «la burguesía encontró en el arbitraje el instrumento ideal para dirimir con seguridad y rapidez sus conflictos comerciales entre gremios y corporaciones. La justicia del monarca, llena de laberintos procesales, lenta y pesada fue dejada de lado por los nuevos mercaderes».[10]

---

8 FELDSTEIN, Sara y Leonardo HEBE. *El arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, pp. 37-38.

9 BENETTI SALGAR, Julio. *El arbitraje en el derecho colombiano*. Bogotá: Temis, 2001, segunda edición.

10 *Ibidem*.

A decir de Villalba Cuéllar y Moscoso Valderrama,[11] «los señores feudales resuelven sus litigios entre ellos mismos o acuden al rey en calidad de árbitro. En la Edad Media la justicia consular se forma definitivamente como una jurisdicción distinta a la ordinaria gracias al desarrollo que alcanzaron las Corporaciones de Mercaderes en Italia, Francia y España en los siglos XII y XIII. En España el *Breviario de Alarico*, considerado el primer libro jurídico hispánico, y el posterior *Liber Iudiciorum* tienen una gran influencia del derecho romano considerando el arbitraje como una institución de carácter jurídico privado, equiparando a los árbitros con los jueces en materia de responsabilidad, dándole fuerza ejecutiva y efectos de cosa juzgada a la sentencia arbitral».

En Francia, el Edicto de Francisco II, de agosto de 1560, confirmado por la ordenanza de Moulins, hacía el arbitraje obligatorio en ciertas materias: las diferencias entre mercaderes por asuntos relativos a mercancías, las demandas de partición entre parientes próximos y las cuentas de tutela y administración. Después, la ordenanza de 1673 instituyó el arbitraje obligatorio para los litigios entre socios de una sociedad comercial.[12] El artículo 1 del decreto del 16-24 de agosto de 1790 lo demuestra: «El arbitraje es el medio más razonable de terminar los litigios entre ciudadanos, los legisladores no podrán expedir disposiciones que tiendan a disminuir las ventajas y eficacia del compromiso».[13] El Código de Procedimiento Civil de 1806 incluyó un título dedicado al arbitraje que permanecería hasta su modificación en 1980 y 1981. Este Código contemplaba un arbitraje voluntario, bajo la supervisión de la jurisdicción legal y un arbitraje obligatorio, el único que subsistió, entre socios en razón de la sociedad.[14] El Código Civil le dedicó tres artículos bajo el título de «El compromiso». El Código de Comercio contenía pocos artículos referentes al arbitraje, el artículo 332

---

11 VILLALBA CUÉLLAR, Juan Carlos y Rodrigo MOSCOSO VALDERRAMA. «Orígenes y panorama actual del arbitraje. Prolegómenos». En *Derechos y Valores XI*, 2008, n.º 22, pp. 141-170. Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87602210>.

12 *Ibidem*.

13 ROBERT, Jean. *L'arbitrag*e. París: Dalloz, 1983, quinta edición.

14 *Idem*, p. 5.

que autorizaba al arbitraje en materia de seguros marítimos y los artículos 51 a 63 que disponían un arbitraje obligatorio entre asociados de una sociedad de comercio.[15] Una ley del 5 de julio de 1972 reformó los artículos 2059, 206 y 2061 del Código Civil y de esta forma el texto del artículo 2059 quedó de la siguiente forma: «Todas las personas pueden comprometer sobre los derechos que se encuentran bajo su libre disposición».[16]

En 1980 tuvo lugar una reforma al Código de Procedimiento Civil que introdujo modificaciones al régimen del arbitraje interno francés, fundamentalmente en cuanto a la reafirmación de la autonomía de la voluntad, el carácter jurisdiccional de la misión de los árbitros y la reorganización de los recursos en el procedimiento arbitral. En consecuencia, se admitió el carácter convencional de la cláusula arbitral, su autonomía contractual y la autonomía de las partes para fijar las reglas de procedimiento y los poderes de los árbitros. Igualmente, se reconoció la categoría de cosa juzgada de la sentencia dictada por los árbitros y el poder de decidir sobre su propia competencia (principio competencia-competencia). El decreto 81-500, de 1981, reformó el régimen de arbitraje internacional francés (artículo 1492 a 1497 del Código de Procedimiento Civil). Esta reforma se caracterizó por establecer un criterio económico de la operación que es objeto de arbitraje más que la naturaleza jurídica de las partes o su nacionalidad (artículo 1492).[17]

La Ley 2001-420, de 15 de mayo de 2001, modificó el artículo 2061, el cual ahora dispone: «Con excepción de las disposiciones legislativas particulares, la cláusula compromisoria es válida en los contratos celebrados con motivo de la actividad profesional». La reserva legislativa a que hace mención este artículo se aplica actualmente en forma directa al

15 DE BOISSÉSON, Matthieu. *Le droit français de l'arbitrage interne e international*. París: GLN, 1990.
16 VILLALBA CUÉLLAR, Juan Carlos y Rodrigo MOSCOSO VALDERRAMA. *Op. cit.*
17 *Ibidem*.

derecho laboral que prohíbe expresamente las cláusulas compromisorias (artículo L- 511-1 Código del Trabajo).[18]

En el caso español, la influencia del arbitraje vino desde el artículo 208 de la Constitución de Cádiz, que reconoce que los españoles tienen derecho de terminar sus diferendos por medio de jueces árbitros, elegidos por las dos partes. En el área comercial, el Código de Sainz de Andino de 1829 instituyó el arbitraje como medio para resolver controversias de naturaleza mercantil, refiriéndose a relaciones societarias internas y le añadió por primera vez el carácter de obligatoriedad. La Ley de Enjuiciamiento de los Negocios y de las Causas del Comercio de 1830 determinó el uso del arbitraje para las causas relativas a sociedades mercantiles y posteriormente la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 lo hizo extensivo a los conflictos de cualquier naturaleza. El Código de Comercio de 1885 reconoció la posibilidad de acudir al arbitraje para asuntos de naturaleza mercantil, de manera voluntaria.[19]

La Ley de Arbitraje española de 2003 admite la aplicación del arbitraje en diferentes materias, menos la laboral. El artículo 2 de la Ley 60/2003 de España establece que «son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho». De ese precepto deriva la posibilidad de aplicar el arbitraje para resolver las diferencias al interior de una sociedad. En lo jurisprudencial se tiene la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil) 355/1998 de 18 de abril[20] que indica «las controversias societarias son materia disponible. Por lo tanto, la cláusula arbitral estatutaria es un pacto lícito. Este expresa la voluntad efectiva o suficiente de someter sus controversias a un árbitro y no a un juez». Mayor claridad aporta la Sentencia de 27/04/2005 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Málaga:[21] en esta se establece que «nada

18 *Ibidem*.

19 *Ibidem*.

20 Ver <http://notin.es/wp-content/uploads/2011/09/STS-18-Abril-1998.pdf>.

21 CASTELLANO GALLEGO, Jesús. *El arbitraje como herramienta para solventar disputas societarias*. 7 de agosto del 2015. Recuperado de <https://www.ilpabogados.com/el-arbitraje-como-herramienta-para-solventar-disputas-societarias/>.

impide por tanto la posibilidad de que los estatutos recojan la sumisión a arbitraje, eligiendo este procedimiento en lugar del judicial […]. El segundo límite a la actuación de los árbitros es el relativo a aquellos extremos que estén fuera del poder de disposición de las partes. En cuyo caso los árbitros no podrán pronunciarse sobre el mismo so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo […]». Por su parte, la Sentencia de 16 de marzo de 2005 de la Audiencia Provincial de Barcelona señala que: «[…] estas cláusulas, una vez introducidas en los estatutos e inscritas en el Registro Mercantil, vinculan tanto a los socios presentes entonces como a los futuros. Así lo declaró primero la Resolución de la DGRN de 19 de febrero de 1.998 (RJ 1.998, 1.118) […]. Esta doctrina fue asumida unos meses más tarde por la STS de 18 de abril de 1.998 (RJ 1.998, 2.984), la cual declara que: […] sin perjuicio de que, si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes, no puedan los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo […]».

El artículo 125[22] de la Ley 18046 de Chile, de 1981, establece la posibilidad del arbitraje al interior de la sociedad y queda tácitamente alcanzado a los directores, gerentes, administradores y ejecutivos principales de la sociedad. Béjar Pinedo[23] aplica la teoría organicista para

[22] Artículo 125.- «En los estatutos sociales se establecerá la forma como se designarán el o los árbitros que conocerán las materias a que se refiere el n.° 10 del artículo 4 de la presente ley. En caso alguno podrá nominarse en ellos a una o más personas determinadas como árbitros. El arbitraje que establece esta ley es sin perjuicio de que, al producirse un conflicto, el demandante pueda sustraer su conocimiento de la competencia de los árbitros y someterlo a la decisión de la justicia ordinaria. Este derecho no podrá ser ejercido por los directores, gerentes, administradores y ejecutivos principales de la sociedad. Tampoco por aquellos accionistas que individualmente posean, directa o indirectamente, acciones cuyo valor libro o bursátil supere las 5000 unidades de fomento, de acuerdo al valor de dicha unidad a la fecha de presentación de la demanda».

[23] «En la sociedad anónima y, por regla general, en todas las sociedades de capital, la administración ha superado o desplazado a la teoría del mandato. La administración debe ser analizada desde el prisma de la teoría organicista, nacida en el Derecho Público. Existe una relación orgánica entre la sociedad anónima y su administración, sin que asome ningún elemento que permita sostener que hay un vínculo personal con su administración. Este nexo entre la sociedad y la administración se relaciona con el concepto de competencia (en sentido orgánico) y con el poder (en sentido decisional). Los administradores de una sociedad de capital

entender la eficacia que el convenio arbitral plasmado en el estatuto societario tiene con respecto a la administración. En tal sentido, reconoce que debe existir un sometimiento de la administración al estatuto.

En cuanto al Perú, el Código de Comercio de 1853 establecía como obligatorio el arbitraje societario. De alguna manera esa normativa es nieta de las Ordenanzas de Bilbao de 1737, normativa colonial que establecía un arbitraje forzoso para la resolución de conflictos en materia societaria. La ley de Arbitraje de 2008 dispone, en su sexta disposición complementaria, lo siguiente:

> Arbitraje estatutario. Puede adoptarse un convenio arbitral en el estatuto de una persona jurídica para resolver las controversias entre la persona jurídica y sus miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios o las que surjan entre ellos respecto de sus derechos u obligaciones o las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos.

Montoya Alberti[24] explica a este respecto que, según lo dispuesto por el artículo 48 de la Ley General de Sociedades, los socios o accionistas pueden en el pacto o en el estatuto social adoptar un convenio arbitral para resolver las controversias que pudiera tener la sociedad con sus

pueden ser o no socios de esta y tal calidad resulta del todo irrelevante desde esta perspectiva organicista, ya que su estructura orgánica debe someterse no solo a los estatutos, sino que también debe someterse a la ley y a las obligaciones que la propia Ley n.° 18.046 y sus modificaciones han impuesto a los administradores. Al concebirse como un órgano dentro del sistema denominado sociedad anónima, debe someterse a su realidad normativa, la cual tiene al convenio arbitral como instrucción precodificada. Ahora bien, si no podemos apartarnos del concepto del mandato —ya superado, como señalamos en las líneas superiores— y sostenemos que existe una relación personal entre los administradores y la sociedad, esta relación también pasa por la aceptación de la realidad normativa de la sociedad, y los términos de esta relación están dados precisamente por los estatutos y la ley, por lo que nuevamente vamos a encontrar esta eficacia subjetiva derivada de la relación de sumisión del administrador para con la sociedad». BÉJAR PINEDO, Francisco Javier. «La eficacia subjetiva del convenio arbitral estatutario en la sociedad anónima. Alcances del mecanismo contemplado en artículo 125 de la ley n.º 18.046». En *Revista de Derecho Universidad San Sebastián*, 2014, n.º 20, pp. 160-171. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5073934>.

24 MONTOYA ALBERTI, José Ulises. «El arbitraje societario. *Corporate Arbitration*». En *Revista Jurídica Docentia Et Investigatio*, 2016, n.º 1, vol. 18, pp. 35-50.

socios, accionistas, directivos, administradores y representantes, las que surjan entre ellos respecto de sus derechos u obligaciones, las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos y para cualquier otra situación prevista en esta ley. El convenio arbitral alcanza a todos los miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios que se incorporen a la sociedad, así como a aquellos que al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo. En cuanto a la naturaleza del conflicto, Montoya Alberti abunda detallando que en lo que concierne al conflicto societario, este abarca los intrasocietarios que corresponden al ámbito interno de la sociedad como sería el caso de las diferencias que podrían surgir entre el interés social y el interés particular de los accionistas, o entre la sociedad con sus representantes y administradores, o entre los mismos socios, encontrándose en este último caso la imposición de la voluntad de las mayorías, que muchas veces se contrapone con los derechos subjetivos de las minorías, generándose situaciones conflictivas en el ámbito de las decisiones de la junta.

De los datos aportados en esta sección, *a priori* se puede colegir que desde la época romana la vocación del arbitraje ha servido a los mercaderes y comerciantes para solucionar de manera eficiente sus problemas. Luego, con el surgimiento de la República se revistió al arbitraje de normas legales y algunas limitaciones, pero desde finales del siglo XX la tendencia ha sido que los comerciantes y sus administradores puedan diseñar, mediante el convenio arbitral, el mejor mecanismo que sirva a sus intereses, estando revestido este de eficacia jurídica.

3. PROBLEMA DE AGENCIA Y CONTROL DE LA CORPORACIÓN

Con respecto al problema de agencia, desde el punto de vista económico, Michael C. Jensen y William H. Meckling[25] lo definen como

[25] JENSEN, Michael C. y William MECKLING. «Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure». En *Journal of Financial Economics*, 1976, n.º 3, pp. 305-360. Traducción propia.

un contrato bajo el cual una o más personas (el [los] principal [es]) contratan a otra persona (el agente) para realizar algunos servicios en su nombre que implica la delegación de autoridad para la toma de decisiones del agente. Si ambas partes de la relación maximizan la utilidad, hay una buena razón para creer que el agente no siempre actuará en el mejor interés del principal. El principal puede limitar las divergencias de su interés estableciendo incentivos apropiados para el agente e incurriendo en costos de monitoreo diseñados para limitar las actividades reprochables del agente. Jensen y Meckling incluso afirman que en algunas situaciones el principal va a pagar al agente para que desarrolle mecanismos (que implican un gasto) que garanticen que el agente no pueda ir en contra de los intereses o perjudicar al principal o que ocurrido el daño opere alguna clase de compensación o reparación. Sin embargo, es generalmente imposible para el principal o el agente a costo cero asegurar que el agente tomará decisiones óptimas desde el punto de vista del principal. En la mayoría de las relaciones de agencia, el principal y el agente incurrirán en un seguimiento positivo y asumirán costos de fianza (tanto no pecuniarios como pecuniarios) y, además, podrá haber alguna divergencia entre las decisiones del agente y las decisiones que maximizaría el bienestar del principal. El equivalente en dinero de la reducción en el bienestar experimentado por el principal debido a esta divergencia es también un costo de la relación de agencia, y los autores se refieren a este último costo como la «pérdida residual».

Los autores nombrados definen los costos de producción como la suma de:

i. Los gastos de seguimiento por parte del director.

ii. Los gastos de fianza por parte del agente.

iii. La pérdida residual.

Jensen y Meckling caracterizan el conflicto de agencia entre el gerente (que también es propietario) y los accionistas no administradores[26] derivado de la tendencia del gerente de apropiarse de gratificaciones provenientes de la empresa. Pero señalan que esa no es ni la única ni la más importante tensión que genera el problema de agencia, puesto que creen que la mayor fuente de conflicto se da cuando el gerente accionista comienza a percibir mayor beneficio de su condición de empleado que de su condición de accionista y, por lo tanto, baja también el incentivo que tiene para dedicar tiempo y esfuerzo en buscar nuevas unidades productivas (lucrativas) de negocio. Es incluso posible que el gerente accionista prefiera no embarcarse en esas tareas por el esfuerzo y costo de aprendizaje que puede implicar la incorporación de nuevas tecnologías. Evadir esos esfuerzos, tareas y costos personales repercute en su (subjetiva) maximización de utilidad a costa de la utilidad[27] de la empresa.

Alchian y Demsetz (1972) argumentan que son los contratos los que gobiernan las corporaciones. A este respecto, Jensen y Meckling reconocen que la mayoría de las organizaciones son meras ficciones legales que sirven como nexo para un conjunto de relaciones contractuales entre individuos. De ahí la importancia de entender el problema de agencia no como un asunto meramente académico, sino como una cuestión inminentemente práctica. Esto es particularmente especial para las empre-

---

26 Este artículo toma como supuestos que el problema de agencia se da tanto (i) entre accionistas con administradores accionistas como (ii) entre accionistas y administradores que no poseen ninguna acción de la empresa. Por lo demás, se estima que las empresas familiares representan el 80 % en Latinoamérica. En Bolivia, esta cifra asciende a 90 %. Se puede colegir que tener administradores accionistas es una situación más que recurrente en nuestra región y que, por lo tanto, entender las implicancias del problema de agencia e identificar los métodos de resolución de conflictos efectivos tiene implicancias para la mayor eficiencia de la empresa y el desarrollo económico y social.

27 En esta sección se incorpora el concepto de utilidad en su acepción (económica): es la medida de satisfacción por la cual los individuos valoran la elección de determinados bienes o servicios (SÁNCHEZ GALÁN, Javier. «Utilidad». En *Economipedia*. Recuperado de <https://economipedia.com/definiciones/utilidad.html>).

sas asentadas en aquellos países en desarrollo caracterizados por sistemas de institucionalidad público frágiles[28] y, en consecuencia, con la necesidad de desarrollar sofisticados sistemas de incentivos que regulen las diferentes relaciones al interior de las compañías y que también contemplen los mecanismos de corrección, mitigación y reparación del daño, para de alguna manera corregir la fragilidad normativa desde los derechos disponibles. Es decir, las empresas que están asentadas en países con peores niveles de institucionalidad tienen mayores incentivos para diseñar un sistema interno que mitigue el problema de agencia, en el entendido que los defectos del sistema judicial también representan costos adicionales para la empresa. A este respecto, el teorema de Coase identifica tres factores esenciales para generar mayor valor: (i) derechos de propiedad privada definidos; (ii) derechos preferenciales claramente definidos (limitados); y (iii) costos de transacción bajos o cercanos a cero. Cuando se tienen esos elementos, los agentes económicos, en la búsqueda de maximizar su bienestar/utilidad, entablarán procesos de negociación que apuntarán al óptimo en la asignación del mercado, sin duda, relacionando el teorema de Coase con la fragilidad institucional de algunos países en desarrollo. El supuesto clave es el respeto a la propiedad privada, reducto sin el cual no sería posible encontrar una solución al problema de agencia desde la teoría contractual y específicamente aplicando la cláusula arbitral como test de actuación. Ahora bien, la fragilidad institucional también se puede ver reflejada por un intervencionismo exacerbado que también tenga por defecto la limitación de la propiedad y de los derechos de libre disposición y suponga un problema a la hora de generar pruebas dentro de un proceso arbitral.[29]

---

[28] Es pertinente traer a colación la distinción de institucionalidad que hacen Acemoglu y Robinson cuando conceptualizan instituciones incluyentes y excluyentes como el principal argumento que explica por qué hay países ricos y pobres. Entre los países en vías de desarrollo, un gran porcentaje son autocracias o democracias frágiles, lo que pone una mayor presión y vulnerabilidad a las corporaciones por la acechanza a la propiedad privada. ACEMOGLU, Daron y James ROBINSON. *¿Por qué fracasan los países? Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza.* Barcelona: Grupo Planeta, 2012.

[29] Algunas legislaciones han históricamente prohibido el arbitraje cuando existe de por medio una relación laboral.

Como se puede colegir, el problema de agencia es una cuestión que incorpora tanto factores endógenos (las tensiones naturales al interior de la empresa) como exógenos (las tensiones, cargas y sobrecargas que suponga una excesiva regulación o la ausencia de Estado).

4. EFICACIA DE APLICAR EL ARBITRAJE PARA MITIGAR LOS DAÑOS DE LOS PROBLEMAS DE AGENCIA

La relación entre accionistas y ejecutivos (sean estos accionistas o no) configuran el clásico problema de agencia. Se trata de una relación jurídica compleja. Por una parte, es regulada por la normativa laboral aplicable; por otra, también responde a una relación de comercio. El artículo 164 del Código de Comercio de Bolivia claramente señala que los «administradores y los representantes de la sociedad deben actuar con diligencia, prudencia, y lealtad, bajo pena de responder solidaria e ilimitadamente por los daños y perjuicios que resulten de su acción u omisión». Este artículo tiene como supuesto que las decisiones que puedan ser tomadas por los administradores y representantes pueden ser buenas o malas para la sociedad. Para los efectos de este artículo, se entiende una decisión como un acto unilateral independiente que toma un agente económico para maximizar su utilidad y cuyo resultado escapa a cualquier tipo de coordinación que implique de alguna manera una teoría de juegos. Ya en el artículo 2 del Código de Comercio se amplía la categoría de comerciante: «se la adquiere aún en el caso de que la actividad comercial sea ejercida mediante mandatario, intermediario o interpósita persona». El artículo 163[30] del referido Código señala que

[30] Artículo 163.- «Administración y representación
Todos los actos que comprenden la actividad prevista como objeto de la sociedad o necesarios para el cumplimiento del mismo y sean ejercitados por los administradores o representantes de la sociedad o por disposición de la ley, obligan a esta mientras no sean notoriamente extraños a su giro. Asimismo, obligan a la sociedad en los límites del objeto social, aun cuando la representación sea conjunta si se trata de obligaciones contraídas mediante títulos valores, por contrato entre ausentes o contratos de adhesión, salvo que el tercero tuviere conocimiento de que el acto se realiza contraviniendo la representación conjunta. Estas facultades legales de los administradores o representantes de la sociedad respecto de terceros no los liberan de las responsabilidades internas por infracción a las restricciones contractuales».

todos los actos ejercidos por los administradores o representantes obligan a la sociedad mientras no sean notoriamente extraños al giro de la misma. Este es un ejemplo de cómo una legislación reconoce que existe un poder de decisión gravitante por parte de los ejecutivos y que puede afectar negativamente a la sociedad (empresa) y, por lo tanto, a sus accionistas, puesto que la afectación a una sociedad solo puede ser entendida en cuanto a la disminución del valor relativo y, por consiguiente, el perjuicio a los accionistas por esa pérdida de valor. Estas cuestiones, claramente son de naturaleza comercial y su remedio debe venir desde la misma vertiente, a decir, la aplicación del mecanismo de resolución de controversias que ha sido más beneficioso a los comerciantes: el arbitraje. Desde el punto de vista doctrinal, es posible la aplicación del arbitraje para la relación de accionista-ejecutivo, por cuanto la controversia emerge de decisiones de naturaleza patrimonial sobre derechos disponibles. La cláusula puede estar inserta dentro del estatuto de la sociedad y alcanzar tanto a los accionistas como administradores y representantes. Ahora bien, el sistema jurídico al que esté anclada esa sociedad o empresa modulará la posibilidad de llevar a cabo este tipo de arbitrajes, así como su puesta en práctica. Una de las cuestiones que la empresa debe prever, no solo desde la redacción de la cláusula, sino inclusive desde el diseño y aplicación del gobierno corporativo, es el tratamiento de los archivos y documentos oficiales, en el entendido que dentro de un arbitraje accionista(s)/sociedad vs. ejecutivo(s)/representantes adquirirán la calidad de prueba y ese es el insumo fundamental para un arbitraje en derecho.

El problema de agencia está muy presente en la realidad empresarial global y latinoamericana, particularmente.[31] Para nadie es desconocido el reto de pasar las empresas (y fortunas) a la tercera generación y ahora, incluso, a la segunda. Son muchos los casos de grupos familiares que terminan perdiendo el negocio porque los ejecutivos accionistas desarrollaron una relación rentista con la posición laboral, prefiriendo

31 En Latinoamérica, la base empresarial es familiar y las sociedades son comúnmente manejadas por ejecutivos accionistas.

explotar muchas veces esa posición socialmente en vez de volcar esa atención al desarrollo, crecimiento y diversificación de la sociedad (negocio). Las decisiones de esos ejecutivos accionistas, que son basadas en derechos disponibles, tienen un efecto patrimonial en el resto de accionistas (sean mayoritarios o minoritarios) y, por lo tanto, esas decisiones deben ser susceptibles a una responsabilidad que emerge por el carácter de comerciante de ese ejecutivo. El Código de Comercio de Bolivia, en su artículo 167,[32] da cuenta de la responsabilidad latente que tienen los administradores y representantes y también de ese artículo se desprenden las contingencias legales que deban enfrentar esos administradores o representantes. Eso quiere decir que un ejecutivo (que puede ser o no accionista) toma decisiones que tal vez maximicen su bienestar personal, pero que definitivamente mellan e impactan negativamente en la sociedad. Es cierto que la sociedad tiene la vía civil (y penal según fuera el caso aplicable) para buscar el enjuiciamiento de una decisión cuya trascendencia ha sido negativa para la empresa (sociedad), pero acudir a esa vía puede, al mismo tiempo, impactar negativamente en la sociedad, por cuanto el caso se ventilará de manera pública. La publicidad y la dinámica procesal propia de esa vía puede repercutir en una atención indeseada que genere incentivos negativos a la hora de negociar con proveedores, clientes y *stakeholders* en general. La reputación de la empresa está en entredicho y eso impacta patrimonialmente en la empresa.

Entonces, entendida la importancia del problema de agencia, queda desarrollar un conjunto de acciones que mitiguen y/o eviten los defectos antes señalados. Una de las soluciones más integrales es la vía institucional,[33] es decir, el diseño de una arquitectura interna que, a

---

32 Artículo 167.- «Infracción a normas de administración y vigilancia
Los directores, administradores y síndicos que infrinjan las normas que regulan la administración y vigilancia de las sociedades, son responsables de los daños y perjuicios ocasionados a la sociedad y serán separados, provisional o definitivamente, de sus funciones, de acuerdo a lo establecido por el contrato social o las disposiciones de la ley, según el tipo de sociedad».

33 Mediante el diseño e implementación de un buen gobierno corporativo.

tiempo de fomentar acciones propositivas, balancee los poderes de los accionistas y ejecutivos y modere los monopolios naturales de decisión que se dan al interior de una empresa. Todo esto a través de la creación de incentivos tanto positivos como negativos. De ahí se desprende que la inclusión de una cláusula de arbitraje en la relación accionista-ejecutivo no es únicamente la elección de un mecanismo de solución de conflictos, sino la incorporación de un elemento disuasivo de conductas que medren al mediano o largo plazo a la sociedad y que únicamente beneficien (circunstancialmente) al tomador de la decisión. Esto hace tan atractivo el arbitraje para la relación accionista-ejecutivo que es una relación de personas de comercio. Adicionalmente, el arbitraje se convierte en el primer óptimo (desde el punto de vista económico) porque hace más bajo los costos relacionados a la adjudicación de la responsabilidad y la consecuente reparación del daño, principalmente por la confidencialidad del arbitraje y el alto criterio de especialidad. El costo de las medidas de precaución (tener un gobierno corporativo y una cláusula arbitral) reduce la probabilidad de la emergencia del daño, así como el daño esperado. Adicionalmente, también impacta positivamente en el costo social, puesto que desde el punto de vista de la sociedad (Estado) la ganancia es que las empresas crezcan, se diversifiquen y tributen, no que entablen disputas legales indeficientes o que se afecte su valor patrimonial.

Finalmente, aunque existen muchos casos que ejemplifican este problema, pocos son tan conocidos y estudiados como el caso de Kodak,[34] empresa con presencia global, iniciada en 1892 y que ya en 1975 había desarrollado su primera cámara digital, pero que no fue siquiera presentada al mercado y explotada hasta décadas después. La debacle de Kodak puede ser entendida y estudiada desde la perspectiva del problema de agencia.

---

34 Ver <https://www.harvard-deusto.com/las-verdaderas-ensenanzas-del-declive-de-kodak>.

5. BIBLIOGRAFÍA

ACEMOGLU, Daron y James ROBINSON. ¿Por qué fracasan los países? Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza. Barcelona: Grupo Planeta, 2012.

BÉJAR PINEDO, Francisco Javier. «La eficacia subjetiva del convenio arbitral estatutario en la sociedad anónima. Alcances del mecanismo contemplado en artículo 125 de la ley n.º 18.046». En Revista de Derecho Universidad San Sebastián, 2014, n.º 20, pp. 160-171. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5073934>.

BENETTI SALGAR, Julio. El arbitraje en el derecho colombiano. Bogotá: Temis, 2001, segunda edición.

CASTELLANO GALLEGO, Jesús. El arbitraje como herramienta para solventar disputas societarias. 7 de agosto del 2015. Recuperado de <https://www.ilpabogados.com/el-arbitraje-como-herramienta-para-solventar-disputas-societarias/>.

CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. «Arbitraje obligatorio y de derecho en la contratación pública». En Rev. Bol. Der., 2011, n.º 11, pp. 204-221. Recuperado de <http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572011000100009&lng=es&nrm=iso>.

DE BOISSÉSON, Matthieu. Le droit français de l'arbitrage interne e international. París: GLN, 1990.

FELDSTEIN, Sara y Leonardo HEBE. El arbitraje. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.

JENSEN, Michael C. y William MECKLING. «Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure». En Journal of Financial Economics, 1976, n.º 3, pp. 305-360.

MONTOYA ALBERTI, José Ulises. «El arbitraje societario. Corporate Arbitration». En Revista Jurídica Docentia Et Investigatio, 2016, n.º 1, vol. 18, pp. 35-50.

ROBERT, Jean. L'arbitrage. París: Dalloz, 1983, quinta edición.

SÁNCHEZ GALÁN, Javier. «Utilidad». En Economipedia. Recuperado de <https://economipedia.com/definiciones/utilidad.html>.

VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda. «Solución de conflictos en el contrato de seguro: algunos problemas que se plantean a partir del sistema actual y su coexistencia con el régimen de consumo. Una propuesta de interpretación y reconstrucción». En Rev. Derecho (Concepción), 2018, n.º 244, vol. 86, pp. 129-176. Recuperado de <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-591X2018000200129&lng=es&nrm=iso>.

VERGÉS, Joaquim. Control e incentivos en la gestión empresarial. Recuperado de <http://webs2002.uab.es/jverges/CONT_PDF/2CONTROL.PDF>.

VILLALBA CUÉLLAR, Juan Carlos y Rodrigo MOSCOSO VALDERRAMA. «Orígenes y panorama actual del arbitraje. Prolegómenos». En Derechos y Valores XI, 2008, n.º 22, pp. 141-170. Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87602210>.

ASPECTOS JURISDICCIONALES DEL CONTENCIOSO ESTADO-INVERSIONISTA GENERADO A PARTIR DE LAUDOS COMERCIALES INTERNACIONALES

Diana Correa [*]

Sumario: 1. ¿El Estado ha consentido arbitrar ante un tribunal arbitral de inversión disputas relativas al comportamiento de su órgano judicial con respecto a un laudo comercial internacional?— 1.1. Planteamientos generales relativos al consentimiento en un arbitraje de inversión.— 1.2. La práctica del contencioso Estado-inversor en materia de consentimiento para arbitrar disputas relativas a un laudo comercial internacional.— 1.3. Los comportamientos del órgano judicial del Estado pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado y, en consecuencias, ser arbitrables en los límites del consentimiento otorgado.— 2. ¿Constituye un laudo comercial internacional una inversión a la luz de un tratado de promoción y protección de las inversiones?— 2.1. Panorama sobre la noción de inversión.— 2.2. Teorías aceptando que un LCI es una inversión.— 2.3. Teorías rechazando todo carácter de inversión a un LCI.— 3. Conclusión.— 4. Bibliografía.

[*] Abogada y profesora de la Universidad Externado de Colombia, con especialización en Responsabilidad y Daño Resarcible de la misma universidad. Ph.D. *summa cum laude* en Derecho Internacional Público. Magíster en Derecho Internacional Económico y especialización en Derecho Internacional Privado por la Universidad Panthéon-Assas Paris II. Ha participado en más de cuarenta arbitrajes bajo reglamentos como los de la CCI, el Ciadi, la CPA y la Cámara de Comercio de Bogotá. Actualmente, actúa principalmente como árbitra nacional e internacional y está reconocida en las listas de árbitros nacionales e internacionales de la Cámara de Comercio de Lima, AmCham Perú y del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

En razón de su naturaleza declarativa, un laudo comercial internacional (LCI, en singular o plural) y su obtención, inclusive a favor, está lejos de ser el fin de una disputa. Efectivamente, la parte que quiera ejecutar el laudo debe comenzar otra etapa en su estrategia litigiosa, esta vez, ante la jurisdicción local del Estado donde desea que su LCI sea reconocido y ejecutado, porque su contraparte tiene bienes embargables en dicho territorio. Si la ejecución se solicita en un Estado distinto al de la sede arbitral, previo a la solicitud de ejecución y según las condiciones del Estado de la ejecución, es natural que se deba surtir la etapa de reconocimiento o *exequatur* de dicho laudo. La rapidez y favorabilidad de este trámite depende, en parte, de que el Estado de la ejecución haya al menos suscrito la Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (la Convención de Nueva York), y de la aplicación que de dicho instrumento hagan los jueces. En esta etapa, unos LCI resultan reconocidos y ejecutados mientras que otros no, y esto independientemente de que hayan sido o no anulados ante los jueces de la sede arbitral.[1]

En efecto, en varias ocasiones, en paralelo al reconocimiento y a la ejecución del aludo se inicia el trámite de anulación del laudo en la sede del arbitraje por quien seguramente no tiene interés en su ejecución, lo cual puede ser alegado en sede de ejecución a efectos de solicitar la suspensión de dicho proceso a la espera de la decisión sobre la anulación como previsto en los artículos V(1)(e) y VI de la Convención de Nueva York. Lo que ocurra después es de la competencia entera de los jueces de la ejecución.

Para evitar que sean varios los LCI que se queden flotando,[2] los Estados han venido ratificando e incorporando en sus ordenamientos

---

1 Sobre el tema de la ejecución de LCI anulados en la sede arbitral ver CORREA, Diana. «El reconocimiento y la ejecución de un laudo internacional anulado en el país de la sede arbitral». En *Revista E-mercatoria*, diciembre 2008, n.º 2, vol. 7.

2 GAILLARD, Emmanuel. «Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin», En *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 1999, n.º 1, vol. 14, pp. 16-45. Recuperado de <https://doi.org/10.1093/icsidreview/14.1.16>.

jurídicos, según corresponda, dos instrumentos internacionales de mayor importancia en arbitraje internacional. De una parte se trata de la ya mencionada Convención de Nueva York, con 169 Estados parte, la cual contiene disposiciones para estandarizar el tema de las causales o criterios de rechazo de reconocimiento y ejecución de un LCI.[3] De otra parte, la Ley Modelo CNUDMI (la Ley Modelo), adoptada por 85 Estados y 118 jurisdicciones, trata en su capítulo VIII el tema del reconocimiento y ejecución de laudos en términos muy similares a los de la Convención de Nueva York.[4]

De lo anterior se sigue que cada vez más se estandarizan los criterios legales para reconocer y ejecutar laudos extranjeros en varias jurisdicciones en el mundo entero, pero este fenómeno, positivo en sí, no es suficiente para lograr una estandarización legal más completa y, sobre todo, más coherente a nivel de interpretación judicial en los distintos Estados que han adherido o ratificado estos instrumentos internacionales, donde aún se ven criterios disímiles.[5]

En este contexto, es posible que el reconocimiento de un LCI se surta fácil y prontamente, como puede que este sea rechazado o que tarde tanto tiempo que dicha demora pueda ser interpretada como un rechazo de justicia. En este último escenario, ¿cuáles serían los recursos o las acciones disponibles a disposición de la parte que se considere perjudicada de una pretendida violación de la Convención de Nueva York

---

3 COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. *Situación actual: Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958)*. Recuperado de <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2>.

4 UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. Status: UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006. Recuperado de <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status>.

5 KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. «Commercial Arbitration Before International Courts and Tribunals - Reviewingg Abusive Conduct of Domestic Courts». En *Arbitration International*, junio 2013, n.º 2, vol. 29, p. 173.

por parte de los jueces del reconocimiento y de la ejecución? Para resolver esta cuestión se debe tener en cuenta varios aspectos desde dos perspectivas: la doméstica y la internacional.

Desde la perspectiva doméstica, habrá que entrar a determinar en cada jurisdicción donde el reconocimiento sea demandado si existe un recurso de apelación susceptible de ser accionado contra la decisión que rechace o acepte el reconocimiento del LCI, o si se trata de un trámite sin recurso y con una decisión definitiva. Por ejemplo, en Colombia, el Estatuto arbitral[6] no prevé un recurso de apelación contra la decisión judicial que decida sobre el reconocimiento, por lo que al ser, además, las altas cortes las que deciden del reconocimiento del laudo extranjero, esto es, la Corte Suprema de Justicia, máximo órgano de la jurisdicción ordinaria y, el Consejo de Estado, máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa, es natural que contra la decisión sobre el reconocimiento no proceda este tipo de recurso. Sin embargo, bajo el régimen jurídico francés, por ejemplo, sí se prevé que la decisión judicial en la que se decida una solicitud de reconocimiento de un LCI que no haya sido rendido en Francia sea susceptible de apelación, tal que previsto en el artículo 1525 del Código de Procedimiento Civil.[7] De nuevo, esto es natural porque a la luz del el artículo 1516 del Código de Procedimiento Civil francés es ante el juez de primera instancia (Tribunal Judicial de París) que se surte el trámite del reconocimiento o *exequatur* como propiamente lo denomina el Código, así que la Corte de Apelación, segunda instancia, estaría llamada a decidir sobre el recurso de apelación de la decisión de primera instancia de *exequatur*.

Ahora bien, desde la perspectiva internacional varias alternativas pueden ser analizadas. Primero que todo, resulta pertinente revisar el

6 Artículo 115 de la Ley 1563 de 2012, disponible en <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1563_2012_pr002.html>.

7 Artículo 1525 del Código de Procedimiento Civil francés disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGISCTA000006089134/>.

texto de la Convención de Nueva York. Una simple mirada a dicha convención basta para constatar que esta no contiene ninguna cláusula de resolución de conflictos relativos a su no cumplimiento o violación, ni entre Estados signatarios de una parte ni entre particulares usuarios de la Convención y los Estados signatarios cuyo judicial decide sobre reconocimientos de LCI, de otra parte.

Segundo, es bien conocido que cortes y tribunales internacionales no pueden ser tenidos como órganos de apelación capaces de revisar y revocar decisiones domésticas en ninguna materia, incluyendo las que se tomen con respecto al reconocimiento de un LCI. A juzgar por lo dicho, pareciera que la parte perjudicada con una supuesta violación judicial de la Convención de Nueva York no dispone de ningún recurso internacional para solicitar que se remedie tal situación.

Sin embargo, el contencioso internacional de inversiones extranjeras, así como el que se ventila ante otros tribunales internacionales, particularmente en materia de derechos humanos, ha revelado en los últimos años que el litigio relativo a la ejecución de un LCI ha penetrado este contencioso internacional que opone un inversionista extranjero a un Estado. Es, precisamente, de este fenómeno que nos ocuparemos en los desarrollos que siguen.

En efecto, la estrategia litigiosa consistente en demandar ante un tribunal arbitral de inversión (TAI) que se condene a un Estado por supuestamente haber violado la Convención de Nueva York al haber rechazado, retardado excesivamente, o entorpecido el reconocimiento y la ejecución de un LCI. No obstante, esta estrategia no puede ser formulada libremente sin que muchas preguntas vengan enseguida a plantearse, en particular en lo que respecta a los aspectos jurisdiccionales y de competencia de un TAI para conocer de este tipo de disputas.

En aras de identificar las mayores dificultades jurisdiccionales que enfrentan los TAI para declararse competentes de una controversia derivada de un laudo comercial internacional, tomaremos como base el artículo 25 del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados de Washington de 1965 (el Convenio Ciadi), toda vez que el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a inversiones (el Ciadi) es el centro exclusivo y más importante para resolver disputas de inversión.

Este artículo prevé que:

> (1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado contratante acreditados ante el centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

Básicamente, según este artículo, un TAI podría declararse competente de una controversia de inversiones cuando esta sea jurídica (i. naturaleza de la disputa) que surja directamente de una inversión (ii. inversión), entre un Estado contratante y el inversionista de otro Estado contratante (iii. nacionalidad), y que las partes hayan consentido por escrito (iv. consentimiento).

Ahora bien, de estos cuatro requisitos, los menos discutidos para decidir disputas basadas en decisiones judiciales sobre reconocimiento de LCI son los relativos a la naturaleza de la disputa y a la nacionalidad, pues todo lo que se pueda presentar en el contencioso general de inversiones es aplicable a este tipo preciso de disputas derivadas del comportamiento judicial con respecto a un LCI. Por el contrario, las dificultades más relevantes se presentan con los dos otros requisitos relativos al consentimiento (i) y a la noción de inversión (ii).

1. ¿EL ESTADO HA CONSENTIDO ARBITRAR ANTE UN TRIBUNAL ARBITRAL DE INVERSIÓN DISPUTAS RELATIVAS AL COMPORTAMIENTO DE SU ÓRGANO JUDICIAL CON RESPECTO A UN LAUDO COMERCIAL INTERNACIONAL?

El consentimiento es vital en materia de arbitraje para determinar las disputas que podrán ser dirimidas por un tribunal arbitral sin que este sobrepase sus poderes (1.1.). Es más, bajo el derecho internacional público, que se trate de arbitraje o de cualquier otra jurisdicción internacional, el consentimiento es la base para que los Estados puedan acudir ante foros internacionales para resolver sus conflictos.[8] Dicho consentimiento, restringido o general, presenta el mismo patrón de análisis entre los casos de arbitraje de inversión cuando se trata de determinar si el Estado ha consentido que disputas relativas a un LCI se arbitren (1.2.).

No obstante, es pertinente dejar claro desde el comienzo que los actos del órgano judicial de un Estado, tanto como los del Ejecutivo o del Legislativo, son susceptibles de comprometer la responsabilidad internacional del Estado y, por ende, ser arbitrables en caso de que el tribunal encuentre probados los otros presupuestos de su jurisdicción (1.3.).

1.1. Planteamientos generales relativos al consentimiento en un arbitraje de inversión

Como cualquier tribunal arbitral comercial[9] u otro tipo de mecanismo de solución de controversias basado en la voluntad de las partes —p. ej. la Corte Internacional de Justicia—,[10] un TAI deriva su competencia del

---

8 SANTULLI, Carlos. *Droit du contentieux international*. París, L.G.D.J, 2015, segunda edición, pp. 120-138.

9 FOUCHARD, Philippe. *On International Commercial Arbitration*. The Hague: Emmanuel Gaillard & John Savage (eds.), 1999, p. 29.

10 Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina vs. Yugoslavia (Serbia and Montenegro) (Provisional Measures, Order of 13 September 1993), 1993 ICJ Rep. at 325, 342.

instrumento jurídico en el cual las partes consintieron someterle la resolución de unas disputas determinadas relativas a unos asuntos específicos.[11] El tribunal en el caso National Gas S.E.A. vs. Egipto (2014) claramente enunció que: «Consent always is the essential condition precedent to arbitration and, indeed, to any form of consensual adjudication».[12]

Esto hace de tribunal arbitral un órgano temporal cuya competencia deriva directamente de la voluntad de las partes, por lo que su misión se limita a lo que estas le han encargado y en los términos en que lo han estipulado. Con este principio en mente, cada decisión sobre la competencia dependerá de las circunstancias de cada caso y de cada instrumento.

Ahora bien, el consentimiento del Estado para arbitrar ciertas disputas relativas a inversión reposa seguido en un tratado de promoción y protección de inversiones, sea bilateral o multilateral, y algunas veces en un contrato o en una ley.[13] Porque en buena parte de casos, el consentimiento de los Estados para arbitrar disputas de inversión deriva de tratados, para efectos de este artículo solo se estudiarán los casos derivados de los llamados Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) o de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), ambos términos equivalentes para nuestros propósitos. Por ser estos unos instrumentos jurídicos de carácter general, el consentimiento del inversionista se presenta al momento mismo en que

---

11 «In the Tribunal's view, the answer lies —as already indicated above— in the fundamental principle of consent that underlies the entire institution of arbitration», Giovanni Alemanni y Otros vs. República Argentina, Ciadi n.º ARB/07/8, Decisión sobre la Jurisdicción y la Admisibilidad, voviembre 17 de 2014, párr. 284, disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4061.pdf>; Fireman's Fund Insurance Company vs. United Mexican States, ICSID Case n.º ARB(AF) 02/01, Decision on the Preliminary Question dated 17 July 2003 ("*Fireman's Fund*"), párr. 64.

12 National Gas S. A. E vs. República de Egipto, Ciadi n.º ARB/11/7, 3 abril 2014, párr. 117, disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4043.pdf>.

13 Iberdrola Energía S. A. vs. República de Guatemala, Ciadi n.º ARB/09/5, laudo del 17 de agosto de 2012, párr. 291.

este somete su solicitud de Arbitraje. Este acto es tomado como la aceptación de la oferta unilateral de arbitraje que el Estado ha formulado de una manera impersonal y general. Esto es lo que se ha conocido en la literatura como *arbitration without privity*.[14]

Este consentimiento así perfeccionado es necesario para fundar la competencia del TAI a la luz del artículo 25 del Convenio CIADI, para los casos en que el arbitraje sea administrado por el Ciadi o por el reglamento de arbitraje que corresponda. En otras palabras, no puede haber arbitraje de inversiones sin consentimiento claro de las partes.

Independientemente de todos los tipos de consentimiento que se puedan identificar,[15] lo cierto es que en toda simplicidad se puede hablar de consentimiento en sentido restringido y consentimiento en sentido amplio. El tribunal en el caso Iberdrola vs. Guatemala (2012) estableció esta diferencia así:

> […] el Tribunal no puede limitarse a constatar que el Estado correspondiente, en este caso la República de Guatemala, haya dado su consentimiento a la jurisdicción del Ciadi. Por el contrario, debe verificar el alcance de dicho consentimiento, es decir, si se trata de un consentimiento amplio, que incluye cualquier controversia que pudiere quedar comprendida dentro del campo de aplicación del artículo 25 del Convenio del Ciadi, o si ese consentimiento está, de alguna manera, restringido o limitado.[16]

---

14 PAULSSON, Jan. «Arbitration Without Privity». En *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, 1995, vol. 10, p. 232.

15 Douglas ha hablado de cuatro prototipos de cláusulas de consentimiento: (a) cláusulas que limitan la jurisdicción a cualquier tipo de disputa relativa a una inversión; (b) cláusulas que limitan la jurisdicción a tres requisitos adicionales (nacionalidad, inversión y obligaciones del tratado); (c) cláusulas que limitan la jurisdicción a disputas relativas únicamente a violaciones de obligaciones sustanciales del tratado en el que el consentimiento se ha dado; y (d) cláusulas que limitan la jurisdicción a un monto de expropiación. Ver DOUGLAS, Zachary. *The International Law of Investment Claims*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, párrs. 443-445.

16 Iberdrola Energía S. A. vs. República de Guatemala (2012), párr. 294.

Corolario, de una parte, las cláusulas de consentimiento redactadas en sentido estricto son aquellas que solo permiten al TAI tener jurisdicción para conocer de disputas derivadas de supuestas violaciones a obligaciones contenidas en el instrumento mismo que contiene el consentimiento a arbitrar, como el del APPRI para el caso del consentimiento dado unilateralmente por el Estado en dicho tratado. Este tipo de consentimiento restringido, de entrada, limita las obligaciones cuya violación sería sujeta a arbitraje, pues solo aquellas contenidas en el tratado que contiene el consentimiento a arbitrar son susceptibles de ser arbitradas.

El APPRI suscrito entre el España y Guatemala es un claro ejemplo de esta hipótesis que limita la arbitrabilidad material de las disputas a las obligaciones del tratado, tal que previsto en su artículo 11:

> 1. Toda controversia relativa a las inversiones que surja entre una de la Partes Contratantes y un inversor de la otra Parte Contratante, respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo será notificada por escrito, incluyendo una información detallada, por el inversor a la Parte Contratante receptora de la inversión. En la medida de lo posible las partes en controversia tratarán de arreglar estas diferencias mediante un acuerdo amistoso.[17]

De la lectura del pasaje anterior se desprende claramente que el consentimiento de los Estados parte para arbitrar controversias de inversión se restringe a cuestiones reguladas en dicho tratado, es decir, a supuestas violaciones de sus obligaciones sustanciales. Al analizar este pasaje del tratado entre España y Guatemala, el tribunal en el caso Iberdrola vs. Guatemala (2012) concluyó que:

---

17 Tratado entre el Reino de España y la República de Guatemala del 9 de diciembre de 2002, disponible en <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1493>.

> No se trata de una expresión amplia que comprenda cualquier tipo de controversias; ni siquiera se refiere a controversias derivadas de o relacionadas con una inversión, sino solamente a controversias referentes a cuestiones reguladas por el Tratado.[18]

Además, sucede igualmente que a veces los Estados restrinjan aún más su consentimiento a arbitrar disputas al referirse solo a algunas provisiones determinadas del tratado. Esto sucede seguido con la controversias relativas a la expropiación, dejando por fuera otro tipo de provisión como el tratamiento justo y equitativo, la nación la más favorecida, entre otros tantos. El artículo del Tratado suscrito entre Hungría y Chipre (1989) es un buen ejemplo de este consentimiento al establecer que:

> 1. Any dispute between either Contracting Party and the investor of the other Contracting Party concerning expropriation of an investment shall, as far as possible, be settled by the disputing parties in an amicable way.[19]

Por otra parte, el consentimiento general o amplio se encuentra en provisiones contenidas en tratados donde los Estados han consentido arbitrar cualquier disputa en materia de inversiones, indistintamente de la obligación sustancial que resulte violada.[20] El artículo 8(1) del TBI entre Francia y Argentina ilustra este tipo de consentimiento al prever que:

> 1. Toda controversia relativa a las inversiones, en el sentido del presente Acuerdo, entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas entre las dos partes en la controversia.

---

18 Iberdrola Energía S. A. vs. República de Guatemala (2012), párr. 296.

19 Tratado entre el Gobierno de la República de Chipre y la República Popular de Hungría del 4 mayo de 1989, disponible en <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/922>.

20 DEMIRKOL, Berk. «Enforcement of International Commercial Arbitration Agreements and Awards in Investment Treaty Arbitration». En *ICSID Review*, 2015, n.º 1, vol. 30, p. 59.

Este artículo fue objeto de estudio por parte del tribunal de anulación en el caso Compañía-Vivendi vs. Argentina (2002) donde se dijo que:

> […] el Artículo 8 se refiere, en términos generales, a diferencias «relativas a inversiones en el sentido del presente acuerdo, entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante». Son aquellas diferencias las que pueden ser sometidas, a la opción del inversor, para su adjudicación ya sea nacional o internacional. El Artículo 8 no utiliza una formulación más estrecha en el sentido de exigir que la reclamación del inversor alegue un incumplimiento del TBI mismo. Leído, literalmente, los requisitos de jurisdicción arbitral del Artículo 8 no precisan que la demandante alegue un incumplimiento del TBI mismo: es suficiente que la diferencia guarde relación con una inversión efectuada bajo el TBI.[21]

Finalmente, el consentimiento para arbitrar ciertas disputas puede también encontrarse en forma de reenvíos a normas distintas del tratado, pero que se encuentren reenviadas en el tratado de inversión mismo. Los términos del reenvío dependerán de las circunstancias de cada caso y, en particular, de la redacción de las cláusulas de reenvío contenidas en los tratados y en las normas aplicables. Por ejemplo, el APPRI entre Colombia y Francia sirve para ilustrar esta hipótesis de reenvío a otras obligaciones internacionales que pueden ser sometidas al TAI:

> Cuando las leyes de una de las Partes Contratantes, o las obligaciones emanadas del derecho internacional existentes o posteriores al momento del presente Acuerdo, contengan disposiciones tanto generales como específicas que otorguen a los inversionistas, un trato más favorable que el previsto en el presente Acuerdo, estas disposiciones aplicarán en la medida en que sean más favorables.[22]

---

21 Compañía de Aguas del Aconquija y Vivendi Universal vs. Argentina, caso ICSID n.º ARB/97/3, Decisión de anulación, 3 de julio de 2002, párr. 55, disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0211.pdf>.

22 Tratado entre la República de Francia y la República de Colombia del 10 de julio de 2014, disponible en <https://www.tlc.gov.co/TLC/media/media-TLC/Documentos/francia_1.pdf>.

Ante la ausencia de cualquier reenvío que se encuentre en los tratados de inversión, es normalmente por la vía del derecho aplicable que algunos TAI han encontrado viable aplicar normas distintas a la contenidas en un TBI para efectos jurisdiccionales de establecer la competencia que tendría sobre disputas en torno a algunas de ellas. En este sentido, el tribunal en el caso Urbaser vs. Argentina (2012), al decidir sobre su jurisdicción, manifestó que:

> 54. With respect to the applicable law, the Tribunal has to premise the legal foundation of its decision on the ICSID Convention, the Argentine-Spain BIT and, where appropriate, on other sources of international law, with priority accorded to the Vienna Convention on the Law of Treaties. Article X(5) of the BIT contains a provision on applicable law which reads as follows:
>
> «The arbitral tribunal shall make its decision on the basis of this Agreement and, where appropriate, on the basis of other treaties in force between the Parties, the domestic law of the Party in whose territory the investment was made, including its norms of private international law, and the general principles of international law».
>
> While this provision is primarily directed to the applicable law on the merits of the dispute, it may have a role to play in connection with certain specific issues to be examined concerning jurisdiction, e.g. where the operation of Article X (2) and (3) of the BIT requires consulting of the Host State's domestic law.[23]

Esto le permitió al TAI, así no las haya encontrado probadas, conocer de demandas en reconvención bajo normas y obligaciones distintas a las del APPRI entre España y Argentina, como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la

[23] Urbaser S. A. A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Parzuergoa vs. República de Argentina, caso Ciadi n.º ARB./07/26, decisión sobre la jurisdicción del 19 de diciembre de 2012, párr. 54 consultable en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1324.pdf>.

Organización Internacional del Trabajo de 1977 y la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, bajo estas consideraciones:

> 1191. Como se mencionó anteriormente, la definición de las controversias que pueden ser sometidas a arbitraje y, por lo tanto, el posible alcance de las reclamaciones sometidas a arbitraje, en virtud del Artículo X, no se encuentran limitados a los derechos resultantes de forma directa de la aplicación (o interpretación) del TBI. La interpretación de las Demandantes de que el TBI es un sistema cerrado que se limita a preservar los derechos otorgados a los inversores por dicho instrumento, no reflejaría completamente los términos del Artículo X(1), que tienen un alcance más amplio, tal como se explicó anteriormente. Por lo tanto, la interpretación del TBI postulada por las Demandantes privaría a esta disposición de parte de su significado.
>
> 1192. En el marco del TBI, la necesidad de un enfoque más amplio queda demostrada por el Artículo VII(1) sobre «condiciones más favorables», que reza: «En el caso de que una cuestión estuviera regulada por el presente Acuerdo y también por otro acuerdo internacional del que participen las dos Partes o por el Derecho Internacional general, se aplicaran a las mismas Partes y a sus inversores las normas que sean, en su caso, más favorables.[24]

En conclusión, de la manera como cada pacto arbitral esté redactado y de la manera como el tribunal interprete el consentimiento a arbitrar, las disputas relativas al reconocimiento y ejecución de un LCI, así como a cualquier otra dificultad derivada de estos laudos comerciales y, en general, del aparato judicial del Estado que acoge la inversión, podrían o no entrar en el consentimiento dado por el Estado en el instrumento de inversiones extranjeras.

---

[24] Urbaser S.A.A y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Parzuergoa vs. República de Argentina, caso Ciadi n.º ARB./07/26, decisión sobre la jurisdicción del 8 de diciembre de 2016, párr. 54. Disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9627.pdf>.

1.2. La práctica del contencioso Estado-inversor en materia de consentimiento para arbitrar disputas relativas a un laudo comercial internacional

Por insólito que parezca, varios han sido los tribunales arbitrales que han debido pronunciarse sobre la cuestión de determinar si el Estado es responsable por incumplimientos de un LCI, o por no haber reconocido y ejecutado un LCI, o por haber saboteado un arbitraje comercial y su respectivo laudo, etc.

Esto ocurrió, por ejemplo, en el caso Saipem SpA vs. Bangladesh (2007).[25] En los hechos, un inversionista italiano había iniciado un arbitraje administrado bajo el reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) con sede en Dhaka, capital de Bangladesh, el cual fue entorpecido por el órgano judicial de Bangladesh a lo largo del procedimiento. Todo esto terminó con una orden judicial prohibiendo a Saipem continuar con el arbitraje declarando que dicho tribunal CCI no tenía autoridad alguna para decidir la controversia. A pesar de lo ordenado, el tribunal CCI continuó con el procedimiento, pero los tribunales judiciales de Bangladesh declararon que la decisión del tribunal CCI así obtenida no podía ser un laudo a la luz de la ley, por lo que no era susceptible de ejecución.[26]

Ante un tribunal arbitral CIADI, Saipem alegó una expropiación por parte del órgano judicial de Bangladesh de sus derechos incorporados en el laudo CCI. El tribunal encontró que podía conocer de dicha disputa en el sentido de que los actos del órgano judicial de Bangladesh con respecto al laudo CCI podían ser constitutivos de una expropiación, así:

---

25 Saipem SpA vs. República Popular de Bangladesh (en adelante, Saipem vs. Bangladesh), Ciadi n.º ARB/05/7, Decisión sobrela jurisdicción del 21 de marzo de 2007, disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0733.pdf>.

26 Saipem vs. Bangladesh (2007), párrs. 26-36.

> […] the Tribunal considers that there is no reason why a judicial act could not result in an expropriation. Nothing in the BIT indicates such a limitation. Moreover, Bangladesh did not cite any decision supporting the opposite view. Quite to the contrary, the Tribunal notes that the European Court of Human Rights had no hesitation to hold that court decisions can amount to an expropriation. Indeed, this is at least implicitly conceded by Bangladesh when it insists on the fact that consent to jurisdiction over the purported expropriation by acts of the judiciary is excluded by Article 5.1 of the BIT.[27]

Al parecer del tribunal: «Article 5(1)(1) in fine, […] cannot be understood as creating immunity in favour of the judiciary power».[28]

De esta manera, el tribunal se declaró competente para conocer de una disputa basada en decisiones judiciales relativas a un LCI, para finalmente, en su decisión sobre el fondo declarar que efectivamente dichas decisiones judiciales habían constituido una expropiación de los derechos contractuales de Saipem cristalizados en el LCI, así: «[…] the Tribunal considers that the allegedly expropriated property is Saipem's residual contractual rights under the investment as crystallised in the ICC Award».[29]

El TAI también expresó una conclusión aún más general al manifestar que los tribunales judiciales de Bangladesh habían violado la Convención de Nueva York, en particular su artículo 2, en los siguientes términos:

> […] Article II(1) of the New York Convention imposes on Bangladesh a wider obligation to «recognize» arbitration agreements.[30] Based on that obligation, it is for instance generally acknowledged that the issuance of an anti-arbitration injunction can amount to a violation of the principle embedded in Article II of the New York Convention. One could think

27 Saipem vs. Bangladesh, párr. 132.
28 Saipem vs. Bangladesh, párr. 137.
29 Saipem SpA vs. República Popular de Bangladesh (en adelante Saipem vs. Banglasdesh 2009), ICSID Case n.º ARB/05/7, Decisión de fondo, 30 de junio de 2009, párr. 127.
30 Saipem vs. Banglasdesh (2009), párr. 166.

> that the present case is different, however, from an anti-arbitration injunction. Technically, the courts of Bangladesh did not target the arbitration or the arbitration agreement in itself, but revoked the authority of the arbitrators. However, it is the Tribunal's opinion that a decision to revoke the arbitrators' authority can amount to a violation of Article II of the New York Convention whenever it de facto «prevents or immobilizes the arbitration that seeks to implement that [arbitration] agreement» thus completely frustrating if not the wording at least the spirit of the Convention. This is indeed what happened here.[31]

De esta decision, en el caso Saipem vs. Bangladesh (2009) se desprende que el tribunal arbitral puede fundar su competencia para conocer de controversias basadas en decisiones judiciales con respecto a un LCI en aplicación de la Convención de Nueva York. Para que esto ocurra, el tribunal estimó que los comportamientos del órgano judicial pueden conducir a violaciones de las obligaciones protegidas por el tratado y sobre las cuales el Estado ha consentido arbitrar. Pero además, este tribunal más que cualquier otro, aterrizó su análisis directamente sobre la violación de la Convención de Nueva York, lo cual es importante de ser resaltado.

No obstante, al tratarse de consentimiento, no todos los TAI han sido sensibles en decidir sobre conductas judiciales directamente relativas a la Convención de Nueva York como lo hizo el tribunal del caso Saipem vs. Bangladesh (2009), y cuando lo han hecho el fundamento no ha sido estrictamente la violación directa a dicha Convención, sino las violaciones al tratado de inversión donde reposa el consentimiento del Estado.

En este sentido, el tribunal en el caso ATA vs. Jordán (2010),[32] que debía pronunciarse sobre una controversia cuyo origen fáctico era un contrato de construcción FIDIC celebrado en 1998 entre ATA, un

---

31 Saipem vs. Banglasdesh (2009), párr. 167.

32 ATA Construction Industrial y Trading Company Vs. Jordania (en adelante, ATA vs. Jordania), caso Ciadi n.º ARB/08/2, Laudo, 18 de mayo de 2010, disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0043.pdf>.

consorcio turco, y Arab Potash Company (APC), una entidad controlada por el Estado,[33] decidió fallar basado en las disposiciones del TBI y no de la Convención de Nueva York. En los hechos, el contrato preveía un arbitraje FIDIC con sede en Amman que fue iniciado por la entidad pública. ATA, que presentó una demanda en reconvención, resultó exonerado de las demandas de APC por medio de un laudo del 30 de septiembre de 2003. APC solicitó a la Corte de Apelación de Jordania que anulara el laudo, cosa que hizo por dos razones, a saber: (i) el tribunal arbitral no habría aplicado el derecho sustancial que correspondía; y (ii) la ley de arbitraje, la cual había sido expedida después de la conclusión del contrato, extinguía la cláusula arbitral en su integridad, por lo cual la Corte entendió que todo el arbitraje, incluyendo el laudo, no podían existir. Esta decisión fue confirmada en 2007 por la Corte de Casación de Jordania.[34]

Es en este contexto que ATA inicia el arbitraje Ciadi bajo el fundamento del APPRI entre Jordania y Turquía, el cual contiene un consentimiento en sentido general.[35] ATA considera que se le ha expropiado su inversión en razón a la anulación del laudo FIDIC y de la extinción de la cláusula arbitral.[36] El tribunal, recordando que Jordania ha debido respetar la Convención de Nueva York, considera que el derecho a arbitrar del que disponía ATA, contenido en la cláusula arbitral FIDIC que fue extinguido por la ley de arbitraje posterior a su existencia, fue completamente violado y que al ser una inversión en los términos del Tratado, el Estado había violado las disposiciones de dicho Tratado, en particular la relativa al trato justo y equitativo, por medio de las decisiones judiciales jordanas. En palabras del tribunal:

---

33 ATA vs. Jordania (2010), párrs. 30-31.

34 ATA vs. Jordania (2010), párrs. 30-31; 35-36.

35 «Disputes between one of the Parties and one investor of the other Partie, in connection with his investment, shall […]», Tratado entre Jordania y Turkia del 2 de agosto de 193 disponible en <http://arbitrationlaw.com/files/free_pdfs/turkey-jordan_bit.pdf>.

36 ATA vs. Jordania (2010), párr. 71.

> After the annulment by the Jordanian courts, ATA should have been able to invoke the Arbitration Agreement in the Contract; Jordanian courts, in accordance with Article II of the New York Convention, should then have respected ATA's right and refrained from exercising their own jurisdiction on the substance of the dispute[37]. The right to arbitration was an integral part of the Contract and, as noted earlier in this Award, constituted an «asset» under the Treaty. In the words of the Preamble to the Treaty, Jordan and Turkey agreed «that fair and equitable treatment of investment is desirable in order to maintain a stable framework for investment and maximum effective utilization of economic resources». The extinguishment of the Claimant's right to arbitration by the Jordanian courts thus violated both the letter and the spirit of the Turkey-Jordan BIT.[38]

Así las cosas, el consentimiento a arbitrar disputas relativas al tratamiento justo y equitativo dado por el Estado en el tratado en el caso ATA vs. Jordán (2010) fue clave para que el TAI encontrara que el tratamiento del aparato judicial dado a ATA a través de su laudo comercial —y, más específicamente, a su derecho a arbitrar, el cual fue considerado como una activo (inversión) en los términos del tratado— fue injusto e inequitativo.

Por otra parte, el TAI en el caso Frontier vs. República Checa (2010),[39] cuyos hechos comprendían un contrato *joint venture* entre una empresa canadiense y una entidad checa en el sector de la aviación para que la primera se apropiara de una empresa para manufacturar aviones, generó ciertas desavenencias contractuales que fueron sometidas a un arbitraje comercial, el cual fue iniciado por el inversionista en Estocolmo, como fue previsto contractualmente. Mientras esto sucedía, las dos entidades checas fueron declaradas en bancarrota. Cuando Frontier

37 ATA vs. Jordania (2010), párr. 124.

38 ATA vs. Jordania (2010), párr. 125.

39 Frontier Petroleum Services Ltd. c; República Checa (en adelante, Frontier vs. República Checa), Laudo, 12 de noviembre de 2010, disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0043.pdf>.

intentó hacer ejecutar su LCI ante las autoridades judiciales de Estocolmo, estas rechazaron dicha solicitud por razones de orden público a la luz de la Convención de Nueva York, pues al decir de la Corte Frontier no podía tener prioridad sobre otros acreedores. En razón de este rechazo, el inversionista comenzó un arbitraje de inversión con fundamento en el APPRI entre Canadá y la República Checa, indicando que esta última había violado el estándar del tratamiento justo y equitativo. El tribunal arbitral, aceptando que el laudo era la continuidad de la inversión original transformada en decisión, enuncia que: «[…] by refusing to recognise and enforce the Final Award in its entirety, the Tribunal accepts that Respondent could be said to have affected the management, use, enjoyment, or disposal by Claimant of what remained of its original investment».[40]

El tribunal no basa su decisión en la violación de la Convención de Nueva York en sí misma, sino en la violación del Estado de acordar un tratamiento justo y equitativo al inversionista, consistente en un abuso del derecho contrario a la buena fe. En otras palabras, el tribunal analiza si el comportamiento del órgano judicial al interpretar la Convención de Nueva York no fue arbitrario y discriminatorio. En palabras del tribunal:

> The Tribunal's role under this claim is to determine whether the refusal of the Czech courts to recognise and enforce the Final Award in full violates Article III(1) of the BIT. In order to answer this question, the Tribunal must ask whether the Czech courts' refusal amounts to an abuse of rights contrary to the international principle of good faith, i.e. was the interpretation given by the Czech courts to the public policy exception in Article V(2)(b) of the New York Convention made in an arbitrary or discriminatory manner or did it otherwise amount to a breach of the fair and equitable treatment standard.[41]

40 Frontier vs. República Checa (2010), párr. 231.
41 Frontier vs. República Checa (2010), párr. 525.

Otro caso que ilustra las situaciones descritas es el que oponía a White Industries vs. India (2011),[42] en el cual el inversor australiano, tras años de disputas arbitrales comerciales con la Compañía India de Carbón, lo cual incluye un LCI proferido a su favor en 2002, y de subsecuentes litigios judiciales intentando ejecutar el laudo en India, así como de defenderlo en el terreno de la anulación, decidió iniciar un arbitraje de inversión bajo el reglamento de arbitraje de la CNUDMI en el 2010, con sede en Singapur, lo cual fue accedido por el tribunal.

Del particular, vale la pena señalar que White Industries solicitó, a través del artículo 4(2) que contenía la cláusula de la nación más favorecida del tratado entre el Reino Unido y la India, la incorporación del estándar de medios efectivos contenido en el artículo 4(5) del TBI entre Kuwait e India, el cual estipula que:

> Each Contracting State shall maintain a favourable environment for investments in its territory by investors of the other Contracting State. Each Contracting State shall, in accordance with its applicable laws and regulations, provide effective means of asserting claims and enforcing rights with respect to investments […].[43]

Fue entonces a través de este estándar de los medios efectivos del TBI Kuwait-India, incorporado a través de la cláusula de la nación más favorecida, que el tribunal accedió favorablemente a la solicitud del inversor, desde la perspectiva únicamente del proceso de anulación, mas no del trámite de ejecución, donde el tribunal encontró faltas compartidas entre las partes. Así, pues, sobre el recurso de anulación del laudo comercial ante las cortes indias, el tribunal se manifestó en estos términos:

> 11.4.19 In these circumstances, and even though we have decided that the nine years of proceedings in the set aside application do not amount

---

42 White Industries Australia Limited vs. República de India, decisión del noviembre de 2011 bajo el reglamento de arbitraje de la CNUDMI, párr. 7.6.1. y ss., disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0906.pdf>.

43 White Industries vs. India (2011), párr. 11.1.4.

> to a denial of justice, the Tribunal has no difficulty in concluding the Indian judicial system's inability to deal with White's jurisdictional claim in over nine years, and the Supreme Court's inability to hear White's jurisdictional appeal for over five years amounts to undue delay and constitutes a breach of India's voluntarily assumed obligation of providing White with «effective means» of asserting claims and enforcing rights.[44]

El consentimiento de India a arbitrar disputas relativas a los medios efectivos, que en los hechos se refería a los procesos de anulación del LCI que favorecía a White Industries, fue encontrado por el tribunal a través de la cláusula de la nación más favorecida del tratado aplicable.

Finalmente, en el caso Anglia vs. República Checa (2017),[45] el TAI, conducido bajo el reglamento de la Cámara de Comercio de Estocolmo, debía decidir la suerte de una larga disputa contractual que oponía a Anglia, una empresa inglesa, con una entidad pública checa, Kyjovan, originada en un *joint venture* y en una serie de actos de Estado que, entre otras cosas, terminaron en la liquidación de Kyjovan. En los hechos, tras varias dificultades contractuales, Anglia inició un arbitraje comercial internacional en contra de Kyjovan en los términos de la cláusula contractual. En 1997, el tribunal puso fin a la disputa ordenando a la entidad pública a versar unas sumas a Anglia. Tras quince años infructuosos tratando de ejecutar el laudo en la República Checa, y puesto que Kyjovan fue liquidada por razones de insolvencia, Anglia decidió en 2012 demandar al Estado ante un tribunal de inversión. El reclamo principal del inversor consistía en demandar daños y perjuicios sufridos por los retardos judiciales en ejecutar el LCI datando de 1997. El tribunal encontró que un LCI constituía una inversión y, por ende, tenía competencia para decidir el reclamo del inversor.[46]

---

44 White Industries vs. India (2011), párr. 11.4.19.

45 Anglia Auto Aceessories Limited vs. República Checa, caso v 2014/181, Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, laudo del 10 de marzo de 2017, p. 151 y ss., disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8556.pdf>.

46 Anglia vs. Repúbica Checa, 2017, párr. 151.

En conclusión, las decisiones aquí citadas permiten inferir que las disputas basadas en interpretaciones judiciales sobre la Convención de Nueva York, ya sea a la luz de un consentimiento restrictivo o bajo uno general, son alegadas no como tales, sino como violaciones a los estándares del TBI (tratamiento justo y equitativo, expropiación, denegación de justicia, etc.).

Ahora bien, si un tribunal arbitral de inversión, según los términos del consentimiento a arbitrar, puede conocer de una disputa derivada de un LCI, ciertos límites pueden ser tenidos en cuenta al momento de analizar los aspectos jurisdiccionales de este tipo de disputas.

En efecto, y primero que todo, siguiendo la regla del artículo 25 del Convenio Ciadi que nos propusimos tener en cuenta para efectos de este artículo, es necesario que la controversia sea relativa a una inversión. Así las cosas, la disputa no debería tratar de un simple caso comercial, sino que, además, es necesario que el fondo del asunto se encuentre contextualizado dentro de una inversión. En efecto, por más que la conducta del Estado pueda tener efectivamente un matiz internacional, como una denegación de justicia, una conducta discriminatoria o arbitraria, etc., si a la base no hay una inversión del demandante en el Estado demandado no puede tratarse de un caso arbitrable ante un ITA. A este respecto es también importante señalar que para varios un LCI constituye en sí una inversión en el sentido de que cristaliza derechos del supuesto inversionista, pero de este tema preciso nos ocuparemos más adelante.

Segundo, si la base jurídica diferente al TBI sobre la cual el TAI debe decidir contiene su propia cláusula de reglamento de diferendos, el TAI no podría declarase competente y debería dejar la solución del conflicto al foro escogido por las partes en dicho instrumento. En el caso de la Convención de Nueva York, ya hemos dicho que esta no contiene tal cláusula de reglamento de diferendos, por lo que a este nivel nada impediría que un TAI fundando su competencia en un consentimiento

general pueda dirimir una disputa derivada de la aplicación de la Convención de Nueva York.

Existe, igualmente, un tercer punto que ha sido expuesto por Berk Demirkol y que vale la pena mencionar. En palabras del autor: «[…] the investor would have no standing to claim the violation of obligations that are not owed to, and that are not to the benefit of individuals, even if the violation of these obligations affects the investment».[47]

Dicho esto, al analizar la Convención de Nueva York, de sus estipulaciones se podría desprender que se trata de una Convención entre Estados, con el único objetivo de imponer recíprocamente obligaciones entre ellos en materia de reconocimiento y ejecución de laudos comerciales internacionales, lo que quiere decir que dichas obligaciones son solo debidas por los Estados a los Estados parte de dicha Convención. En otras palabras, en principio, la Convención de Nueva York no otorgaría derechos o estándares de protección a los individuos que puedan haber obtenido un LCI, como tampoco, al no contener una cláusula de reglamento de diferendos, la Convención de Nueva York no permitiría que un individuo reclame a un Estado parte de dicha Convención por una supuesta violación de la misma. Al menos esto no se plantea en la Convención como sí se hace en los tratados de inversión o de derechos humanos que son más específicos al respecto.

La Convención de Nueva York, objetivamente, impone ciertos estándares para facilitar el reconocimiento y la ejecución de LCI entre los Estados parte. Eso significa que si bien es cierto, una decisión judicial tomada por uno de los Estados contratantes en aplicación de la Convención de Nueva York puede afectar intereses individuales, ello no significa que basado en dicha Convención el individuo afectado pueda reclamar internacionalmente a un Estado una reparación por un pretendido perjuicio, a menos que esto se reclame en el contexto de un arbitraje

47 DEMIRKOL, Berk. *Op. cit.*, p. 60.

de inversión por pretendidas violaciones a los estándares contenidos en un APPRI, en donde un TAI podría encontrar el consentimiento a arbitrar disputas relativas a un LCI, tal que se ha puesto de presente en los casos examinados.

1.3. Los comportamientos del órgano judicial del Estado pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado y, en consecuencias, ser arbitrables en los límites del consentimiento otorgado

El términos generales, la doctrina internacionalista ha sostenido que como resultado de la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, aquel mira con indiferencia la procedencia y la calificación del hecho generador que causa el ilícito internacional. En efecto, el artículo 3 de los artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados por hecho ilícito (en adelante, los artículos sobre la responsabilidad) establece que «La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno».[48]

Ahora bien, para determinar qué actos de Estado son potencialmente ilícitos internacionalmente en el contexto de este principio sobre la indiferencia del derecho interno en la valoración del ilícito internacional, el artículo 4 de los artículos sobre la responsabilidad contienen unos criterios de atribución según los cuales: «Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado».[49]

---

48 CRAWFORD, James. *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat. Introduction et commentaires*. Paris: Pedone, 2003, pp. 103-108.

49 *Iden*, pp. 112-119.

Esto significa que todos los poderes públicos pueden estar al origen de la violación de una obligación internacional que comprometa la responsabilidad internacional del Estado, incluyendo, obviamente, el órgano judicial.[50] Brownlie, en su tratado de derecho internacional público reconoce que no solamente los casos de denegación de justicia, claramente reconocidos como actos ilícitos internacionales, sino que cualquier otro tipo de acto del órgano judicial está en medida de comprometer la responsabilidad del Estado, así:

> The activity of judicial organs relates substantially to the rubric «Denial of justice» […] However, it is important to bear in mind, what is perhaps obvious, that the doings of courts may affect the responsibility of the state of the forum in other ways.[51]

En términos prácticos, hablando simplemente del consentimiento sin incluir otras cuestiones relativas a la noción de inversión, etc., esto significa que, *a priori*, y si el acuerdo a arbitrar no lo prohíbe, nada impediría que decisiones judiciales relativas a un LCI puedan encontrarse al origen de un acto ilícito internacional por el cual el Estado pueda ser llamado a responder internacionalmente. Si bien es cierto, en esta hipótesis un poco general, la violación no será en sí el no respeto de la Convención de Nueva York, sino una denegación de justicia, una expropiación o un tratamiento injusto e inequitativo.

Si las dificultades ligadas al consentimiento encontraron puntos de análisis y discusión, queremos ahora determinar el alcance de las dificultades jurisdiccionales para determinar si un LCI es una inversión.

---

50 CORREA, Diana. *La stabilité juridique dans le droit international des investissements*. Tesis dcotoral, Universidad Panthéon-Assas (Paris II), 2012, p. 446, párr. 608.

51 BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, séptima edición, p. 451.

2. ¿CONSTITUYE UN LAUDO COMERCIAL INTERNACIONAL UNA INVERSIÓN A LA LUZ DE UN TRATADO DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES?

El contencioso Estado-inversionista requiere *sine qua non* la existencia de una inversión, de la cual se predica, además, que debe ser protegida.[52] Sin este elemento un tribunal arbitral no puede declarase competente. Es precisamente este elemento el que diferencia un arbitraje de inversión de uno comercial. Sin embargo, definir lo que es una inversión no es tarea fácil y al día de hoy, aunque pueda haber ciertos lineamientos globales, no existe una definición universal de este concepto (2.1.). Es en este contexto que unos tribunales, por medio de diferentes metodologías y con ciertos matices entre los unos y los otros, han aceptado que un LCI sea una inversión (2.2.), mientras que otros han rechazado ver en un LCI una inversión (2.3.).

2.1. Panorama sobre la noción de inversión

En el estado actual del derecho, no es posible hablar de una noción unificada de inversión, sino de una diversidad conceptual de este concepto. Manciaux, por ejemplo, ha identificado cinco maneras o metodologías de abordar esta noción: la enumerativa, la sintética, la indirecta y la parcial, las cuales convergen en una final que es la funcional, pues aunque todas sean distintas en cuanto a los resultados a los cuales ellas conducen, lo cierto es que todas tienen un punto común consistente en el hecho de que la noción de inversión es abordada en función del objetivo

52 Sobre esta noción ver CORREA, Diana. «La noción de inversión protegida. Relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno del Estado que acoge la inversión». En *Blog de Derecho de los Negocios*, Universidad Externado de Colombia, 4 de agosto de 2017. Recuperado de <https://dernegocios.uexternado.edu.co/controversia/la-nocion-de-inversion-protegida-relaciones-entre-el-derecho-internacional-y-el-derecho-interno-del-estado-que-acoge-la-inversion/>.

y de los límites de cada uno de los tratados de inversión.[53] Esta diversidad conceptual es lógica si se tienen en cuenta dos factores.

Primero, la complejidad de operaciones que implica una inversión y las diferentes formas que esta puede tomar hace que solo los Estados, al negociar tratados entre ellos, definan lo que será una inversión en los términos del tratado. Esto fue seguramente lo que llevó a los redactores del Convenio Ciadi a no proponer una noción de inversión unificada y dejar los Estados para que consintieran libremente lo que sería una noción protegida.[54] Segundo, los TBI por más parecidos que sean, al menos estructuralmente, conservan diferencias menores o mayores, lo que hace que casos fundados en TBI diferentes sean en consecuencia diferentes y una noción generalizada de inversión no pueda ser alcanzada.

No obstante estas diferencias, en materia de inversión directa ciertas organizaciones han ensayado de limitar las actividades que entrarían dentro dicha actividad,[55] mientras que del lado doctrinal ciertos autores han intentado también de identificar características comunes de la noción de inversión.[56] Los TAI han hecho lo propio.

---

53 «Très diverses quant aux résultats auxquels elles aboutissent, ces approches ont toutefois un point commun: la notion d'investissement y est abordée en fonction de l'objectif assigné à chacune de ces conventions internationales ou en fonction des limites intrinsèques de ces dernières», MANCIAUX, Sébastien. *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États, Trente années d'activité du CIRDI*. París: LexisNexis, 2005, p. 60, párr. 53.

54 El Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio Ciadi en su párr. 27 enuncia que: «No se ha intentado definir el término "inversión", teniendo en cuenta el requisito esencial del consentimiento de las partes y el mecanismo mediante el cual los Estados contratantes pueden dar a conocer de antemano, si así lo desean, las clases de diferencias que estarán o no dispuestos a someter a la jurisdicción del Centro (artículo 25[4])», Ciadi, Convenio, Reglamento y Reglas del Ciadi, 2006, p. 44; GAILLARD, Emmanuel. *La jurisprudence du CIRDI*. París: Pedone, 2004, p. 941, MANCIAUX, Sébastien. *Op. cit.*, p. 44, párr. 37.

55 ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. *Définition de référence de l'OCDE des investissements directs internationaux,* 4ème éd 2008. 2010, p. 56. Recuperado de <http://www.oecd.org/fr/industrie/investissementinternational/statistiquesetanalysesdelinvestissement/40632182.pdf>.

56 Audit, por ejemplo, reconociendo la dificultad reinante alrededor de una definición de inversión extranjera, afirma que al menos tres elementos hacen parte de esta noción: un aporte, una duración y un riesgo. El reconoce la importancia del desarrollo económico del Estado, pero no como para que esto constituya un elemento básico de la noción de inversión. AUDIT,

En efecto, las decisiones arbitrales, definiendo o identificando, según el caso, lo que es una inversión han sido tomadas en muchos sentidos. Así, el arbitraje Fedax vs. Venezuela (1997), conocido por ser el primer caso en el cual un tribunal se detuvo en la formulación de una noción de inversión, llegó a una definición amplia de inversión al aceptar que la adquisición de unos bonos emitidos por Venezuela constituía una inversión a la luz tanto del TBI entre los Países Bajos y Venezuela, como del Convenio Ciadi.[57]

A partir de este caso, varias actividades de diferente naturaleza fueron calificadas como inversión. A título puramente ilustrativo, mencionaremos la construcción de una autopista;[58] un contrato de prestación de servicios cuyo objeto era la actualización de procedimientos de aduana en el Estado demandado;[59] participaciones accionarias en empresas públicas, como muchos de los casos de la saga argentina, etc. También hubo casos en los que ciertas operaciones no han sido reconocidas como inversión. Por ejemplo, en el caso Mihaly vs. Sri Lanka (2002)[60] ciertas sumas incurridas por el demandante en la etapa precontractual de un proyecto no fueron catalogadas como inversión por el tribunal.

En contrapeso al caso Fedax vs. Venezuela (1997), se encuentra el caso de Salini vs. Maruecos (2001), el cual formuló un test para describir cuándo se encontraba ante una inversión en cuatro tiempos objetivos, así:

Mathias. «Investissements internationaux. Présentation et sources». En *Jurisclasseur droit international,* 2009, n.° 13-16, fasc. 572-50.

57 Fedax N.V. vs. República de Venezuela, Ciadi n.º ARB/96/3, Décision de Jurisdicción, 11 de julio de 1997, párrs. 37-44, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/Fedax-1997-Last.pdf>.

58 Salini Construttori S.P.A. et Italstrade S. P. A. vs. Reino de Maruecos (en adelante, Salini vs. Maruecos), Ciadi n.º ARB/96/3, Decisión de Jurisdicción, 23 de julio de 2001, párr. 43-58, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/Salini-English.pdf>.

59 SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. República Islámica de Pakistán, Ciadi n.º ARB/01/13, Decisión de Jurisdicción, 6 de agosto de 2003, párr. 140, disponible en <http://italaw.com/documents/SGSvPakistan-decision_000.pdf>.

60 Mihaly International Corporation vs. Republique Social Democratique de Sri Lanka, Ciadi n.º ARB/00/2, Laudo, 15 de marzo de 2002, párrs. 55-61, disponible en <http://italaw.com/documents/mihaly-award.pdf>.

> The doctrine generally considers that investment infers: contributions, a certain duration of performance of the contract and a participation in the risks of the transaction (cf commentary by E. Gaillard, cited above, p. 292). In reading the Convention's preamble, one may add the contribution to the economic development of the host State of the investment as an additional condition. In reality, these various elements may be interdependent. Thus, the risks of the transaction may depend on the contributions and the duration of performance of the contract. As a result, these various criteria should be assessed globally even if, for the sake of reasoning, the Tribunal considers them individually here.[61]

En este orden de ideas, el test Salini exigiría (i) un aporte económico; (ii) una duración; (iii) un riesgo; y (iv) el desarrollo económico del Estado que acoge la inversión, como elementos comunes a toda operación de inversión. Reconocidos comentaristas admitiendo las dificultades al definir una inversión, reconocen que al menos dichos elementos deben ser tenidos en cuenta al determinar si una operación es o no una inversión.[62]

Teniendo en cuenta estas dificultades para definir lo que es una inversión, un autor ha sostenido que lo importante no es de predefinir la noción de inversión, sino de establecer una metodología clara para llegar a identificar una inversión. Para establecer la diferencia entre la definición y la identificación, Gaillard comenzó por constatar los dos tipos de metodología que aquellas implican. De una parte, el doctrinante notaba que existía una metodología deductiva marcada por una definición de inversión preestablecida, de suerte que el tribunal debía simplemente ver si la disputa que le era sometida entraba o no dentro de dicha noción. De otra parte, y en contraste, la metodología inductiva tendía a reconocer una inversión a la luz de una serie de criterios

---

61 Salini vs. Maruecos, párr. 52.

62 «[…] to identify certain features that are typical to most of the operations in question: the first such feature is that the projects have a certain duration […] The second feature is a certain regularity of profit and return […] The third feature is the assumption of risk usually by both sides […] The fourth typical feature is that the commitment is substantial […] The fifth feature is the operation's significance for the host State's development», SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, Ciadi, 2001, p. 140, párr. 122.

comunes a dicha noción. La diferencia entre ambas metodologías radicaba en el hecho de que al utilizar la metodología deductiva todos los elementos de la noción preestablecida de inversión deben verse reflejados en la disputa del caso, mientras que al aplicar la metodología inductiva, el tribunal se satisface con el hecho de que algunos de los elementos comunes aparezcan en la disputa.[63]

Comoquiera que sea, los términos del tratado constituyen la primera referencia en materia de definir o identificar la inversión, lo que se complementa, según cada caso, con las reglas del arbitraje y cualquier otra que sea aplicable. En este sentido, dos son las teorías que se han desarrollado vía arbitral para tratar de determinar si un LCI es o no una inversión, como lo veremos a continuación.

2.2. Teorías aceptando que un LCI es una inversión

Para algunos, un LCI o inclusive la cláusula arbitral, entendida como un derecho a arbitrar una controversia, constituyen inversiones en sí mismas. El tribunal en el caso Saipem vs. Bangladesh (2007), al analizar las diferentes disposiciones del TBI entre Italia y Bangladesh, en particular el artículo 1(1) según el cual inversión es «any kind of property», entendió que dicho concepto era tan amplio que un LCI entraba dentro de dicha descripción. Además, para el tribunal una inversión, a la luz del artículo 25 del Convenio Ciadi, se compone de la entera operación de inversión, que en el presente caso corresponde al Contrato, la construcción en si, la retención del dinero, la garantía y el laudo CCI.[64] En este orden de ideas, para el tribunal un LCI es una

---

63 GAILLARD, Emmanuel. «Reconnaitre ou définir? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI». En *Le droit international économique à l'aube du XXIe siècle, En hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*. París, Cerdin, Pedone, 2009, pp. 17-32.

64 «Finally, the Tribunal wishes to emphasize that for the purpose of determining whether there is an investment under Article 25 of the ICSID Convention, it will consider the entire operation operation. In the present case, the entire or overall operation includes the Contract, the construction itself, the Retention Money, the warranty and the related ICC Arbitration», Saipem vs. Bangladesh (2007), párr. 110.

inversión porque por medio de dicho laudo se cristalizaban los derechos del inversionista, así:

> [T]he rights embodied in the ICC Award were not created by the Award, but arise out of the Contract. The ICC Award crystallized the parties' rights and obligations under the original contract. It can thus be left open whether the Award itself qualifies as an investment, since the contract rights which are crystallized by the Award constitute an investment within Article 1(1)(c) of the BIT.[65]

El tribunal en el caso ATA vs. Jordania (2010) comenzó su análisis remarcando que el artículo 25 del Convenio Ciadi no definía lo que debía entenderse por inversión y, al contrario, dejó a las partes libres para que en sus tratados definieran dicho concepto.[66] Procedió el TAI diciendo que aunque las partes no estaban de acuerdo sobre la cuestión de si un LCI era o no una inversión, lo cierto era que el artículo I(2)(a) del tratado entre Turquía y Jordania disponía de una noción de inversión al incluir cualquier «claim of money» o un «right to financial performance».[67] Citando lo decidido en Saipem vs. Bangladesh, el tribunal enunció que el LCI hacía parte de la operación entera que califica como inversión, así al final no se haya declarado competente de esta cuestión *ratione temporis*.[68]

El análisis del tribunal en el caso Frontier vs. República Checa (2010) fue ingenioso, pues basándose en el artículo 1(a) del tratado entre Canadá y la República Checa, el cual estipula que el cambio en la forma de la inversión no afecta su carácter de inversión, concluyó que la inversión original consistente en unos pagos efectuados continuaba siendo inversión en la forma de laudo arbitral. En palabras del tribunal:

> This Tribunal accepts that Claimant's original investment consisted of the payments made to MA and Davidová between 18 April 2001 and 14

65 Saipem vs. Bangladesh (2007), párr. 127.
66 ATA vs. Jordania (2010), párr. 111.
67 ATA vs. Jordania (2010), párr. 112.
68 ATA vs. Jordania (2010), párr. 113.

> August 2001, which were transformed into an entitlement to a first secured charge in the Final Award. The Tribunal also notes that Article 1(a) of the BIT provides that «[a]ny change in the form of an investment does not affect its character as an investment». Accordingly, by refusing to recognise and enforce the Final Award in its entirety, the Tribunal accepts that Respondent could be said to have affected the management, use, enjoyment, or disposal by Claimant of what remained of its original investment. Further, Article IX refers to «a measure» in the singular, such that this Tribunal's jurisdiction ratione materiae may be established over this dispute if Claimant shows that it relates to the effects of at least one measure taken by Respondent on the management, use, enjoyment, or disposal of its investment».[69]

En otras palabras, para el Tribunal Frontier vs. República Checa, un LCI es una inversión que, bajo una forma distinta, da continuidad a la inversión como se presentó originalmente en su primer momento.

En este mismo sentido, el tribunal en el caso White Industries vs. India (2011)[70] compartió la opinión de los tribunales arriba citados en el sentido de que un LCI en sí no constituye una inversión, si no en la medida en que hace parte de la operación global y continua de la inversión original. El tribunal, que debía decidir sobre un caso muy complejo, empañado además por un contencioso de 9 años ante las jurisdicciones hindúes para tratar de ejecutar un LCI, llegó a esta conclusión: «The Tribunal concludes that rights under the Award constitute part of White's original investment (i.e., being a crystalisation of its rights under the Contract) and, as such, are subject to such protection as is afforded to investments by the BIT».[71]

---

69 Frontier vs. República Checa (2010), párr. 231.

70 White Industries Australia Limited vs. India (en adelante, White Industries vs. India), laudo, 30 de noviembre de 2011, disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0906.pdf>. Para un análisis completo del caso, ver KACHWAHA, Sumeet. «The White Industries Australia Limited – India bit Award: a Critical Assessment». En *Arbitration International*, junio 2013, n.º 2, vol. 29, pp. 275-294.

71 White Industries vs. India (2010), párr. 7.6.10.

Finalmente, el tribunal Anglia vs. República Checa (2017)[72] defendió la tesis que considera un laudo comercial como una inversión identificándolo como una inversión en sí misma:

> 151. The Tribunal notes that «investment» under the BIT is defined broadly, covering «every kind of asset belonging to an investor of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party under the law in force of the latter Contracting Party in any sector of economic activity». Under this definition, a final and binding arbitral award granting damages qualifies as an «asset belonging to an investor». This is further confirmed by the non-exhaustive list provided at Article 1(a), which refers, under point (iii), to «claims to money or to any performance under contract having a financial value». In their ordinary meaning, the words «claims to money» encompass a party's right under an award to be paid a sum of money, a right that can be pursued in enforcement proceedings. It follows that the Claimant, who prevailed in the arbitration and who has an entitlement to the damages granted to it by the 1997 Award, has a «claim to money» which it was entitled to pursue before the Czech courts. Likewise, the Claimant may be said to have a «claim to […] performance under contract having a financial value», by the effect of the 1997 Award which recognized its contractual rights.

De estos casos citados se pueden deducir lo siguiente. Primero, todos los tribunales que han aceptado que un LCI sea considerado una inversión han basado sus opiniones en tratados cuya noción de inversión es amplia y se cataloga como cualquier derecho, cualquier bien, etc. Segundo, conscientes de la dificultad implícita que conlleva sostener que un LCI es en sí es una inversión directa, en particular cuando la noción amplia de inversión de un tratado se analiza en contexto a la luz del tratado entero y del Convenio Ciadi, los mismos tribunales han buscado factores de conexión entre dicho LCI y la inversión original efectuada por el inversor en el Estado demandado. Fue así como la cristalización de derechos de los inversionistas, la operación global de inversión y la transformación o cambio de la forma de la inversión fueron los nexos

72 Anglia vs. República Checa, párr. 151 y ss.

que encontraron los tribunales en los cuatro casos ilustrados arriba para justificar que un LCI entrara dentro de la noción de inversión.

No obstante, no todos los tribunales han decidido a favor de la tesis que ve en un laudo comercial una inversión y, en consecuencia, han rechazado esta teoría.

2.3. Teorías rechazando todo carácter de inversión a un LCI

Finalmente, algunos tribunales han establecido que un LCI no puede ser considerado como una inversión. En el caso GEA vs. Ucrania (2011),[73] el inversionista que intentaba reclamar unas sumas no pagadas por parte de una empresa pública ucraniana, tras haber fallado en hacer reconocer un laudo CCI ante las jurisdicciones ucranianas que lo rechazaron por falta de legitimidad de quien había firmado el acuerdo de pago en el que la cláusula arbitral se encontraba estipulada, solicitó al tribunal arbitral que se declarara competente para conocer de una supuesta expropiación de sus derechos tal que consagrados en el laudo CCI por parte de las jurisdicciones ucranianas, las cuales, a juzgar por el inversor, valiéndose de leyes discriminatorias evitaron dar cumplimiento a la Convención de Nueva York.[74] El Tribunal Ciadi rechaza ver un LCI como una inversión a la luz del tratado y del Convenio CIADI en los términos siguientes:

> Whether tested against the criteria of Article 1 of the BIT or Article 25 of the ICSID Convention, the ICC Award —in and of itself— cannot constitute an «investment». Properly analysed, it is a legal instrument, which provides for the disposition of rights and obligations arising out of the Settlement Agreement and Repayment Agreement (neither of which was itself an «investment» —see pars. 154 157 above).[75]

---

73 Gea Group Aktiengesellschaft vs. Ucrania (en adelante, GEA vs. Ucrania), Caso Ciadi n.º ARB/08/16, laudo, 31 de marzo de 2011, disponible en <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0356.pdf>.

74 «The Claimant asserts that the Ukrainian courts rendered "a travesty of justice in applying a discriminatory law to avoid enforcement of GEA's Award under the New York Convention" such that "their refusal to recognize GEA's ICC Award is tantamount to an expropriation"», GEA vs. Ucrania (2011), párr. 227.

75 GEA vs. Ucrania (2011), párr. 161.

El tribunal insiste en que así se acepte que el acuerdo de reestructuración de pago, en el cual la cláusula arbitral que dio origen al arbitraje CCI se encontraba estipulada, pueda caracterizarse de alguna manera como una inversión. Lo cierto es que no sin contradecirse puede afirmarse que un LCI equivale a dicha inversión original. Inversión y laudo son dos cosas distintas, según el tribunal, el que para probarlo enuncia simplemente que ningún laudo, además en contra del Estado, constituye un aporte al desarrollo económico de dicho Estado. En palabras del tribunal:

> In the Tribunal's view, the two remain analytically distinct, and the Award itself involves no contribution to, or relevant economic activity within, Ukraine such as to fall —itself— within the scope of Article 1(1) of the BIT or (if needed) Article 25 of the ICSID Convention.[76]

El tribunal arbitral en el caso Romak vs.Uzbekistán (2009)[77] debía decidir una disputa basada en un rechazo de ejecución de un laudo comercial GAFTA (Grain and Free Trade Association) en favor del inversionista, cuya ejecución fue rechazada por las jurisdicciones de Uzbekistán. El tribunal rechazó el argumento del inversionista según el cual la noción amplia de inversión recogida en el artículo 1 del TBI entre Suiza y Uzbekistán permitía caracterizar un LCI como una inversión. Basado en el hecho de que si la operación económica global del demandante no puede entenderse como una inversión en sí bajo el tratado y el Convenio Ciadi, el laudo GAFTA, por más que se quiera, no puede transformar o cristalizar dichos derechos y transformarlos en una inversión. El tribunal se expresa en los términos siguientes:

> […] the Arbitral Tribunal has come to the conclusion that the GAFTA Award is so inextricably linked to the Romak Supply Agreement that any determination as to whether Romak holds and investment under the BIT

---

76 GEA vs. Ucrania (2011), párr. 162.

77 Romak vs. República de Uzbekistán (en adelante, Romak vs. Uzbekistán), PCA, Caso n.º AA280, laudo, 26 de noviembre de 2009, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/ROMAK-UZBEKISTANAward26November2009_001.pdf>.

> cannot be made without reference to the entire economic transaction that is the subject of these arbitral proceedings. The GAFTA Award merely constitutes the embodiment of Romak's contractual rights (as determined by the GAFTA Arbitral Tribunal) stemming from the wheat supply transaction entered into by Romak. If the underlying transaction is not an investment within the meaning of the BIT, the mere embodiment or crystallization of rights arising thereunder in an arbitral award cannot transform it into an investment.[78]

Así las cosas, las decisiones arbitrales se encuentran divergentes cuando se trata de determinar si un LCI constituye una inversión o no, lo cual no es sorprendente en materia de arbitraje de inversión, donde todo dependerá, al final de cuentas, de la redacción de los instrumentos alegados que den base de competencia al tribunal, pero también de la manera como las partes presenten su caso y, sobre todo, cómo lo prueben.

3. CONCLUSIÓN

De las decisiones citadas se desprende que, en términos generales, la tesis según la cual un LCI puede verse como una inversión si se analiza desde la perspectiva simple de las definición de inversión contenida en los tratados como «cualquier derecho», por ejemplo, y se analiza en contexto con la operación global de inversión, permitiría tener el laudo comercial como la continuidad de dicha operación original de inversión. Valdría la pena resolver la cuestión de determinar si esta interpretación exigiría, sin embargo, que la operación original de inversión sea, efectivamente, una inversión.

Otras decisiones —en menor número— se alejan de esta metodología. La más criticada ha sido la tomada por el tribunal en el caso GEA vs. Ucrania (2011), que consideró que inversión y laudo son dos cosas totalmente distintas. En efecto, el tribunal en el caso White Industries

78 Romak vs. Uzbekistán (2009), párr. 211.

vs. India (2011) consideró que el tribunal en el caso GEA vs. Ucrania se aparta de lo que dicho tribunal considera como una corriente jurisprudencial sobre el tratamiento de laudos.[79]

Con todo, estas decisiones seguido ponen de manifiesto largas historias procesales donde los tribunales tienen la gran tarea de sopesar las dificultades propias de los Estados y sus aparatos judiciales pesados, de una parte, con los años consecutivos que un inversionista puede pasar ante dichas autoridades judiciales sin resolver su disputa de manera definitiva porque están pendientes procesos de anulación de laudos y, a veces de manera paralela, procesos de reconocimiento y ejecución de laudos, de otra parte. Sin más, es lo que ocurrió en los casos Anglia vs. República Checa y White Industries vs. India donde quince y nueve años transcurrieron, respectivamente, hasta que los inversionistas se decidieron a demandar ante instancias internacionales de inversión.

Por otra parte, hay un tema que dejamos abierto de discusión. Se trata del que busca considerar si un LCI que ha sido alegado como una inversión o como la continuidad de la inversión original pasaría el test de la noción de inversión protegida cuando es alegada para efectos jurisdiccionales.[80]

Es también importante resaltar que, a excepción del caso Saipem SpA vs. Bangladesh (2007) en el que el tribunal invocó directamente violaciones a la Convención de Nueva York, esta Convención no ha sido considerada, como tal, fundamento para declarar la responsabilidad internacional del Estado. El pasaje necesario a las violaciones del tratado, esto es, de alegaciones de expropiación, de denegación de justicia y de tratamiento justo y equitativo, sigue siendo fundamental para encontrar el consentimiento de los Estados a arbitrar este tipo de disputas relativas a un LCI.

---

79 White Industries vs. India (2010), párr. 7.6.8.

80 Ver CORREA, Diana. «La noción de inversión protegida. Relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno del Estado que acoge la inversión». *Op. cit.*

Finalmente, como lo manifestó Lucumí,[81] el gran desafío lo tienen los Estados para que al negociar los tratados incluyan o excluyan con precisión si un LCI constituye una inversión que entra dentro de las competencias del tribunal, para de esta forma limitar un poco las decisiones necesariamente divergentes en el estado actual del contencioso internacional de inversiones. Por ejemplo, tras el caso White Industries vs. India (2011), la India excluyó expresamente los LCI como equivalentes de inversión en su modelo más reciente de TBI, en el cual, en su artículo 1(4) propone lo siguiente: «For greater clarity, investment does not include the following assets of an enterprise: […] (vii) an order or judgment sought or entered in any judicial, administrative or arbitral proceeding; […]».[82]

4. BIBLIOGRAFÍA

AUDIT, Mathias. «Investissements internationaux. Présentation et sources». En *Jurisclasseur droit international,* 2009, n.° 13-16, fasc. 572-50.

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, séptima edición.

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. *Situación actual: Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958)*. Recuperado de <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2>.

81 LUCUMI, Andrés. *Commercial Awards protected as investments under International investment treaties: A challenge for ISDS Arbitration*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019, pp. 55-56.

82 Modelo Indio de Tratado Bilateral de Inversión, disponible en <https://dea.gov.in/sites/default/files/ModelBIT_Annex_0.pdf>.

CORREA, Diana. «El reconocimiento y la ejecución de un laudo internacional anulado en el país de la sede arbitral». En *Revista E-mercatoria*, diciembre 2008, n.º 2, vol. 7.

CORREA, Diana. «La noción de inversión protegida. Relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno del Estado que acoge la inversión». En *Blog de Derecho de los Negocios*, Universidad Externado de Colombia, 4 de agosto de 2017. Recuperado de <https://dernegocios.uexternado.edu.co/controversia/la-nocion-de-inversion-protegida-relaciones-entre-el-derecho-internacional-y-el-derecho-interno-del-estado-que-acoge-la-inversion/>.

CORREA, Diana. *La stabilité juridique dans le droit international des investissements*. Tesis dcotoral, Universidad Panthéon-Assas (Paris II), 2012.

CRAWFORD, James. *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat. Introduction et commentaires*. Paris: Pedone, 2003.

DEMIRKOL, Berk. «Enforcement of International Commercial Arbitration Agreements and Awards in Investment Treaty Arbitration». En *ICSID Review*, 2015, n.º 1, vol. 30.

DOUGLAS, Zachary. *The International Law of Investment Claims*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

FOUCHARD, Philippe. *On International Commercial Arbitration***.** The Hague: Emmanuel Gaillard & John Savage (eds.), 1999.

GAILLARD, Emmanuel. «Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin», En *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 1999, n.º 1, vol. 14, pp. 16-45. Recuperado de <https://doi.org/10.1093/icsidreview/14.1.16>.

GAILLARD, Emmanuel. *La jurisprudence du CIRDI*. París: Pedone, 2004.

GAILLARD, Emmanuel. «Reconnaitre ou définir? Réflexions sur l'évolution de la notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI». En *Le droit international économique à l'aube du XXIe siècle*, *En hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard*. París, Cerdin, Pedone, 2009.

KACHWAHA, Sumeet. «The White Industries Australia Limited – India bit Award: a Critical Assessment». En *Arbitration International*, junio 2013, n.º 2, vol. 29, pp. 275-294.

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. «Commercial Arbitration Before International Courts and Tribunals - Reviewingg Abusive Conduct of Domestic Courts». En *Arbitration International*, junio 2013, n.º 2, vol. 29.

LUCUMI, Andrés. *Commercial Awards protected as investments under International investment treaties: A challenge for ISDS Arbitration*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.

MANCIAUX, Sébastien. *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États, Trente années d'activité du CIRDI*. París: LexisNexis, 2005.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. *Définition de référence de l'OCDE des investissements directs internationaux,* 4ème éd 2008. 2010, p. 56. Recuperado de <http://www.oecd.org/fr/industrie/investissementinternational/statistiquesetanalysesdelinvestissement/40632182.pdf>.

PAULSSON, Jan. «Arbitration Without Privity». En *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, 1995, vol. 10.

SANTULLI, Carlos. *Droit du contentieux international*. París, L.G.D.J, 2015, segunda edición.

SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, Ciadi, 2001.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. Status: UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006. Recuperado de <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status>.

EL PRINCIPIO DE SEPARABILIDAD, LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK Y EL FALLO ENKA VS. CHUBB: EN HONOR A EMMANUEL GAILLARD

Dyalá Jiménez [*]

Sumario: 1. La decisión Enka vs. Chubb.— 1.1. La antesala de Enka vs. Chubb: las posturas adoptadas por las cortes inglesas.— 1.2. Enka vs. Chubb: antecedentes fácticos.— 1.3. Las decisiones de las cortes inferiores en Enka vs. Chubb.— 1.4. La decisión de la Corte Suprema.— 2. Los alcances del principio de separabilidad y el *dépeçage*.— 3. Conclusión.— 4. Bibliografía.

El 9 de octubre de 2020, la Corte Suprema del Reino Unido (en adelante, la Corte Suprema) dictó un fallo por mayoría en el caso Enka Insaat Ve Sanayi AS (Respondent) vs. OOO Insurance Company Chubb (en adelante, Appellant) (Enka vs. Chubb) que no solo zanjó un debate judicial en el Reino Unido, sino que además abordó un aspecto medular del arbitraje internacional: el principio de separabilidad.

El fallo determinó en esencia que, a falta de acuerdo expreso sobre la ley que rige el convenio arbitral, el derecho que lo rija será, salvo excepciones, el que rige el contrato que lo contiene y, a falta de acuerdo expreso o tácito sobre este, aquel con el cual el convenio arbitral tenga

[*] Especialista en arbitraje internacional y designada frecuentemente como árbitra (<www.djarbitraje.com>). Es miembro de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y miembro del panel de árbitros del Ciadi designada por Costa Rica. Fue ministra de Comercio Exterior de Costa Rica (2018-2020). La autora agradece el apoyo de Valeria Garro, Felipe Volio y Natalia Morales en la preparación del presente artículo.

una relación más estrecha. La sentencia ha sido aplaudida en varios foros no solo porque zanjó un asunto que había sido resuelto de manera dispareja por diferentes cortes de apelaciones en el Reino Unido, sino también por la celeridad con que se produjo.[1] Los comentarios provienen de la comunidad internacional, dada la importancia de Londres como sede de arbitraje internacional y también dado que existen diferentes posturas con respecto al tema central de la discusión.[2] En efecto, este fallo merece una reflexión especial acerca de la coherencia anhelada no solo por la Convención de Nueva York, sino por pensadores como Emmauel Gaillard, quien falleció de manera prematura, pero nos dejó un gran legado con su tesis transnacional del arbitraje.

---

1 Ver, por ejemplo, SCHERER, Maxi y Ole JENSEN. «The Law Governing the Arbitration Agreement: A Comparative Analysis of the United Kingdom Supreme Court's Decision in Enka v Chubb». En *IPRax*, 2021, n.º 2, vol. 177; KOEPP, Johannes y David TURNER. «A Massive Fire and a Mass of Confusion: Enka v. Chubb and the Need for a Fresh Approach to the Choice of Law Governing the Arbitration Agreement». En *Journal of International Arbitration*, 2021, n.º 3. vol. 38; DE-CARVALHO, Jose Carlos. «Note: Enka Insaat Ve Sanayi AS v. OOO Insurance Company Chubb & Ors [2020], Supreme Court of the United Kingdom, UKSC 38, 9 October 2020». En *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2021; SCHERER, Maxi y Ole JENSEN. «Of Implied Choices and Close Connections: Two Pervasive Issues Concerning the Law Governing the Arbitration Agreement». En BEDARD, Julie y Jack BUSBY (editores). *Festschrift George A. Bermann* (inédito); MCBRAYER, Mercy. «Enka v. Chubb: The UK Supreme Court (slightly) illuminates choice of law test for arbitration agreements». En *Chartered Institute of Arbitrators*, 2020; WINNINGTON-INGRAM, Lucy y Eva LITINA. «Enka v Chubb: UK Supreme Court Judgment Determines the Applicable Law of the Arbitration Agreement». En *Transnational Dispute Management,* octubre 2020; TARAWALI, Naomi y Patrick GERARDY. «The Law Governing the Arbitration Agreement – A Fresh Look at an Old Debate after the UK Supreme Court's Enka Judgment and Recent Clarification by the German Federal Court of Justice». En *German Arbitration Journal*, 2021, n.º 4, vol. 19.

2 BORN, Gary. *International Commercial Arbitration.* The Hague, Kluwer Arbitration, 2021, pp. 512-524; CHOI, Dongdoo. «Torn Between Sulamérica and FirstLink? A Practical Solution to Choice of Law Issues at the Pre-Award Stage». En *Asian Dispute Resolution*, 2016, n.º 1, vol. 18; PETER BERGER, Klaus. «Re-Examining the Arbitration Agreement: Applicable Law – Consensus or Confusion?». En *International Arbitration 2006: Back to Basics?*». En *ICCA Congress Series*, 2007, vol. 13; FirstLink Investments Corp. Ltd. vs. GT Payment Pte. Ltd. (2014) S.G.H.C.R. 12. Disponible en <https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/module-document/judgement/2014-sghcr-12.pdfBBIQFnoECAgQAQ&url=http%3A%2F%2Fwww.newyorkconvention.org%2F11165%2Fweb%2Ffiles%2Fdocument%2F1%2F7%2F17749.pdf&usg=AOvVaw0KZ3vV1NCh0hgfD6KjCpHo>; BCY vs. BCZ (2016) S.G.H.C. 249. Disponible en <https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/module-document/judgement/bcy-v-bcz-(for-release)-(08-11-2016)-pdf.pdf>.

En ese espíritu, se propone presentar el fallo Enka vs. Chubb y su significado (sección 1) seguido de una descripción de los alcances del principio de separabilidad según la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (en adelante, la Convención de Nueva York) y el enfoque transnacional de arbitraje de Emmanuel Gaillard (sección 2). Por último, a modo de conclusión, se plantea algunas preguntas que surgen de la decisión Enka vs. Chubb en el contexto del enfoque transnacional (sección 3).

1. LA DECISIÓN ENKA VS. CHUBB

Como se indicó, la decisión en Enka vs. Chubb representa un precedente importante en torno a la compleja discusión relacionada con el derecho aplicable al acuerdo arbitral. A continuación, se describen las diferentes posturas adoptadas por las cortes inglesas antes del fallo (sección 1.1.), los antecedentes fácticos del caso (sección 1.2.), las decisiones de las cortes inferiores en Enka vs. Chubb (sección 1.3.) y, finalmente, la propia decisión de la Corte Suprema que zanjó la discusión (sección 1.4.).

1.1. La antesala de Enka vs. Chubb: las posturas adoptadas por las cortes inglesas

El fallo Enka vs. Chubb está precedido de decisiones inglesas que adoptaron posturas disímiles en relación con la determinación de la ley aplicable al acuerdo arbitral a falta de una disposición expresa. Por un lado, estaba la posición según la cual el principio de separabilidad tiene sus limitaciones, por lo que la ley que rige el contrato subyacente debería, en general, regir también el acuerdo arbitral.[3] Por su parte, estaba la posición que le daba más cabida a la separabilidad de la cláusula arbitral y optaba porque la ley de la sede elegida para el arbitraje rigiera el acuerdo

[3] Enka Insaat Ve Sanayi AS (Respondent) vs. OOO Insurance Company Chubb (Appellant) (2020) UKSC 38. Párrs. 3, 43-54. Disponible en <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2020-0091-judgment.pdf>.

arbitral.[4] El Tribunal de Apelación del Reino Unido (en adelante, el Tribunal de Apelación) profirió en los últimos años decisiones que respaldaron ambos lados del debate, en casos como C vs. D y, por el otro, Sulamérica Cía. Nacional de Seguros S. A. vs. Enesa Engenharia S. A. (en adelante, Sulamérica vs. Enesa Engenharia).[5]

En el caso C vs. D, la sede del arbitraje estipulada en la cláusula arbitral era Londres y al contrato de seguros lo regían las leyes del Estado de Nueva York.[6] El contrato era omiso con respecto a la ley aplicable a la cláusula arbitral. En el 2005, el asegurado inició un proceso arbitral *ad hoc* con sede en Londres en contra del asegurador por una disputa relacionada con la póliza del seguro.[7] En marzo del 2007, el tribunal arbitral dictó un laudo parcial a favor del asegurado.[8] El asegurador (deudor del laudo arbitral) buscó corregir el laudo ante el tribunal arbitral por supuestamente quebrantar de manera manifiesta el derecho de Nueva York e indicó que iba a buscar anular el laudo en Nueva York.[9] De manera inmediata, el asegurado (acreedor del laudo arbitral) se dirigió ante las cortes inglesas y solicitó (exitosamente) una orden judicial para enervar la acción judicial en Nueva York en virtud de la cláusula arbitral.[10] Para resolver el asunto, la Corte de Apelación de Inglaterra analizó si la cláusula arbitral se regía bajo el derecho inglés (derecho de la sede) o bajo el derecho neoyorquino (derecho del contrato)[11] y decidió aplicar la ley de la sede a la cláusula arbitral,[12] al razonar que:

> […] sería raro que la ley del acuerdo arbitral (separable) fuera diferente de la ley de la sede del arbitraje. La razón es que un compromiso arbitral

4 *Idem*, párrs. 3, 110-117.
5 *Idem*, párr. 3.
6 C vs. D. (2007) EWCA Civ 1282. Párrafo 2. Disponible en <https://arbitrationlaw.com/sites/default/files/free_pdfs/c_v_d_2007_ewca_civ_1282.pdf >.
7 *Idem*, párr. 3.
8 *Idem*, párr. 6.
9 *Idem*, párrs. 7 y 8.
10 *Idem*, párr. 8.
11 *Idem*, párrs. 9 al 11.
12 *Idem*, párrs. 28 y 29.

> normalmente tendrá una conexión más estrecha y real con el lugar que las partes han elegido como sede del arbitraje que con el lugar de la ley del contrato subyacente, en los casos en que las partes han elegido deliberadamente arbitrar sus disputas en un lugar distinto al de la ley que rige al contrato.[13]

La Corte de Apelación le otorgó la razón de esta manera al asegurado acreedor del laudo que se abocaba por la aplicación de la ley de la sede a la cláusula arbitral. Así, en el caso C vs. D se adopta una interpretación muy amplia del principio de separabilidad y se presume que la voluntad de las partes es tratar el arbitraje como una cuestión aparte del contrato que contiene el convenio arbitral.

Años después, en el 2013, se adoptó la postura contraria en el caso Sulamérica vs. Enesa Engenharia al considerar que la elección expresa de una ley para el fondo del contrato es una indicación fuerte de la intención de las partes en relación con el acuerdo arbitral;[14] incluso se indicó que se puede asumir que «salvo indicación en contrario, las partes pretendían que el conjunto de su relación se rija por el mismo ordenamiento jurídico».[15] En ese caso, a los dos contratos de seguros en cuestión los regían las leyes de Brasil y la sede del arbitraje era Londres.[16]

Ese caso ofrece la visión más limitada del principio de separabilidad que a la postre se adoptó en Enka vs. Chubb y que se contiene en el siguiente párrafo:

---

13 *Idem*, párr. 26. Traducción libre de: «[…] it would be rare for the law of the (separable) arbitration agreement to be different from the law of the seat of the arbitration. The reason is that an agreement to arbitrate will normally have a closer and more real connection with the place where the parties have chosen to arbitrate than with the place of the law of the underlying contract in cases where the parties have deliberately chosen to arbitrate in one place disputes which have arisen under a contract governed by the law of another place».

14 Sulamérica Cia. Nacional de Seguros S. A. vs. Enesa Engenharia S. A. (2012) EWCA Civ 638, (2013) 1 W.L.R. 102. Párrafo 26. Disponible en <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/638.html>.

15 *Idem*, párr. 11. Traducción libre de «in the absence of any indication to the contrary, the parties intended the whole of their relationship to be governed by the same system of law».

16 *Idem*, párr. 5.

> *El concepto de separabilidad en sí mismo, sin embargo, refleja simplemente la presunta intención de las partes de que su procedimiento acordado para la resolución de disputas siga siendo efectivo en circunstancias que harían ineficaz el contrato sustantivo*. Su propósito es dar efecto legal a esa intención, no aislar el acuerdo de arbitraje del contrato sustantivo a todos los efectos. *En ausencia de cualquier indicación en contrario, una elección expresa de la ley que rige el contrato sustantivo es un fuerte indicio de la intención de las partes en relación con el acuerdo de arbitraje*. Una búsqueda de una elección implícita de la ley apropiada para regir el acuerdo de arbitraje es, por lo tanto, probable […] que lleve a la conclusión de que las partes tuvieron la intención de que el acuerdo de arbitraje se rigiera por el mismo sistema de ley que el contrato sustantivo, a menos que existan otros factores que apunten a una conclusión diferente.[17] (Resaltado añadido)

En Sulamérica vs. Enesa Engenharia se describió un examen de tres pasos para determinar la ley aplicable a la cláusula arbitral en donde primero se debe de analizar la elección expresa de las partes y, a falta de elección expresa, la elección implícita.[18] A falta de cualquier elección, se debe identificar la ley que tenga la conexión más estrecha y real con el acuerdo arbitral.[19] Estos tres pasos ya habían sido identificados por tribunales ingleses en casos anteriores, aunque en Sulamérica vs. Ensa Engenharia se constató que en la práctica los pasos dos y tres solían fusionarse.

No obstante, si bien en esa ocasión se partió de la postura contraria en cuanto al principio de separabilidad que la tomada en el caso C vs. D, en aplicación del principio *pro validitatis* se optó por aplicar la legislación

---

17 *Idem*, párr. 26. Traducción libre de «*The concept of separability itself, however, simply reflects the parties' presumed intention that their agreed procedure for resolving disputes should remain effective in circumstances that would render the substantive contract ineffective*. Its purpose is to give legal effect to that intention, not to insulate the arbitration agreement from the substantive contract for all purposes. *In the absence of any indication to the contrary, an express choice of law governing the substantive contract is a strong indication of the parties' intention in relation to the agreement to arbitrate*. A search for an implied choice of proper law to govern the arbitration agreement is therefore likely […] to lead to the conclusion that the parties intended the arbitration agreement to be governed by the same system of law as the substantive contract, unless there are other factors present which point to a different conclusion».

18 *Idem*, párr. 25.

19 *Ibidem*.

inglesa al acuerdo arbitral debido a que, según la ley brasileña, el asegurado debía dar su consentimiento al arbitraje para validar el acuerdo.[20] Dado el alto riesgo que se percibió de dejar sin efecto la voluntad de las partes de acudir al arbitraje, se optó por el derecho de la sede.[21] La Corte de Apelaciones determinó que en virtud del principio *pro validitatis* las partes no pudieron haber elegido el derecho brasileño como el derecho aplicable a la cláusula arbitral[22] y que el derecho que tenía una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje era el inglés.[23]

Poco antes del caso Enka vs. Chubb, en enero de 2020, la Corte de Apelación reafirmó esta postura de Sulamérica vs. Enesa Engenharia en el caso Kabab-Ji SAL (Lebanon) vs. Kout Food Group (Kuwait) (en adelante, Kabab-Ji vs. Kout).[24] En contraste, dos meses después el High Court reforzó la posición de C vs. D mediante el caso Carpatsky Petroleum Corp. vs. PJSC Ukrnafta.[25] En ese caso se solicitaba el reconocimiento y la ejecución de un laudo extranjero en Inglaterra, la sede arbitral había sido Suecia. Sin embargo, en ese caso se presentó una situación sui géneris y es que la legislación arbitral sueca dispone que, a falta de elección expresa de las partes, la ley de la sede aplicará a la cláusula arbitral.[26]

---

20 *Idem*, párrs. 29-30.

21 *Idem*, párrs. 30 y 31.

22 *Idem*, párr. 31.

23 *Idem*, párr. 32.

24 En este caso, la sede del arbitraje era París, Francia, y la ley inglesa era la aplicable al contrato, según párrafo 8. La ley inglesa se tomó como la aplicable al acuerdo arbitral, según párrafo 62. Kabab-Ji S.A.L. (Kuwait) vs. Kout Food Group (Lebanon) (2020) EWCA Civ 6. Fallo disponible en <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2020/6.html>.

25 En este caso se eligió como sede arbitral Estocolmo, Suecia, y como ley aplicable al acuerdo arbitral se tomó la ley sueca a pesar de que el contrato fuera expresamente regido por ley ucraniana, según párrafos 70 y 71. Carpatsky Petroleum Corp. vs. PJSC Ukrnafta (2020) EWHC 769 (Comm.). Decisión disponible en <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/03/Carpatsky-Petroleum-Corporation-v.-PJSC-Ukrnafta-Judgment_.pdf>.

26 Ley sueca de Arbitraje, sección 48: «Cuando un acuerdo arbitral tenga una conexión internacional, el acuerdo será regulado por la ley acordada por las partes. Cuando las partes no hayan hecho tal acuerdo, el acuerdo arbitral será regulado por la ley del país en donde, por virtud del acuerdo, el procedimiento haya tomado lugar o tomare lugar» (traducción de la ley

Así, cuando la Corte Suprema admitió el caso Enka v Chubb estaba claro que necesitaba zanjar la disparidad de posiciones en las cortes británicas.[27]

1.2. Enka vs. Chubb: antecedentes fácticos

La disputa en el caso Enka vs. Chubb nació de un contrato de construcción de fecha 27 de junio de 2012 (en adelante, el Contrato) entre Enka Insaat Ve Sanayi AS (Enka), una empresa turca de construcción e ingeniería, y CJSC Energoproekt (Energoproekt), una empresa rusa dedicada a proyectos de energía.[28] Según el contrato, Enka fue contratada como subcontratista de Energoproekt, el contratista principal, para construir una central eléctrica en Rusia. El contrato contenía una cláusula que preveía para resolución de conflictos un arbitraje CCI en Londres;[29] pero no contenía elección expresa de ley aplicable para el acuerdo arbitral ni de ley aplicable al propio contrato.

En mayo de 2014, Energoproekt cedió sus derechos y obligaciones en virtud del contrato, así como el acuerdo de arbitraje, a PJSC Unipro (Unipro), propietario de la central eléctrica.[30] En febrero de 2016, la central sufrió graves daños tras un incendio catastrófico, lo que hizo que la aseguradora de Unipro, OOO Insurance Company Chubb (Chubb) pagara aproximadamente 400 millones de dólares a Unipro y se subrogara en sus derechos y reclamaciones en virtud del Contrato.[31] Una

---

al español extraída del sitio del Instituto Arbitral de la Cámara de Comercio de Estocolmo, disponible en <https://sccinstitute.com/media/37096/ley-sueca-de-arbitraje-swedish-arbitration-act_spanish.pdf>. Es interesante anotar que las Reglas de 2020 de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) contienen una disposición parecida. Ver Artículo 16.4 de las Reglas de Arbitraje de la LCIA del 2020.

27 Cabe anotar también que el caso Kabab-Ji vs. Kout está pendiente de decisión ante la Corte Suprema, posterior a la audiencia llevada a cabo en julio 2021. Es probable que refuerce la posición de Enka vs. Chubb, pero no se puede especular. Entre tanto, conviene describir el fallo y analizarlo en las líneas que siguen.

28 United Kingdom Supreme Court. Enka Insaat Ve Sanayi AS (Respondent) vs. OOO Insurance Company Chubb (Appellant*)* (2020) UKSC 38. Párrafo 9.

29 *Idem*, párr. 10.

30 *Idem*, párr. 11.

31 *Idem*, párr. 12.

disputa surgió con respecto a los hechos que ocasionaron el incendio y quién debía de asumir responsabilidad por los daños sufridos.

En consecuencia, en mayo de 2019, Chubb inició un procedimiento contra Enka y diez subcontratistas de la central eléctrica ante el Tribunal Comercial de Moscú por las pérdidas relacionadas al incendio, al alegar que se debió a defectos en las tuberías de la central.[32] Enka planteó objeciones jurisdiccionales en las cortes rusas basadas en la cláusula de arbitraje.[33] Ese caso terminó en primera instancia en mayo 2020 con un rechazo a la moción de Enka de referir el caso a arbitraje y con una desestimación de la petitoria de fondo de Chubb.[34]

1.3. Las decisiones de las cortes inferiores en Enka vs. Chubb

En forma paralela, en septiembre de 2019, Enka se dirigió al Tribunal Comercial inglés para solicitar una orden judicial que enervara la acción judicial de Chubb en virtud de la cláusula arbitral (*anti-suit injuction*).[35] En esa instancia, se rechazó el *injuction*, pero se concedió un juicio expedito que duró pocos días y en el cual el Tribunal Comercial inglés tuvo que definir qué ley regía el acuerdo arbitral con el fin de determinar si podía proseguir.[36] El Tribunal Comercial inglés resolvió que el foro apropiado para determinar si el caso cabía dentro del alcance del acuerdo arbitral era el Tribunal Comercial de Moscú.[37]

Enka apeló dicha decisión y el Tribunal de Apelación revirtió la decisión del Tribunal Comercial inglés. De esta manera, ordenó el *anti-suit injuction* con base en que las partes habían elegido Londres como la sede del arbitraje.[38] El Tribunal de Apelación optó por la concepción

32 *Idem*, párr. 13.
33 *Idem*, párr. 14.
34 *Idem*, párr. 15.
35 *Idem*, párr. 17.
36 *Idem*, párr. 18.
37 *Ibidem*.
38 *Idem*, párrs. 19, 41.

amplia del principio de separabilidad. Según lo detallado por el Tribunal, el principio se encuentra consagrado en el «artículo 7 de la Ley inglesa de Arbitraje de 1996 y reafirmada por la Cámara de los Lores en el caso Fiona Trust vs. Privalov» e implica que el acuerdo arbitral puede ser regido por un derecho distinto al derecho aplicable al contrato principal.

El Tribunal de Apelación se inclinó por la presunción de la sede y determinó que la cláusula arbitral debía regirse por el derecho inglés.[39] En tal sentido, el Tribunal de Apelación resolvió lo siguiente:

> En primer lugar, no existe ninguna base de principio para considerar la ley del contrato principal como una fuente importante de orientación para la ley del acuerdo arbitral en los casos en que existe una cláusula de arbitraje con una ley curial diferente. *La ley del contrato principal es un sistema de derecho aplicable a los términos del contrato principal y a la validez, interpretación y ejecución de esos términos, distinto de los términos del acuerdo de arbitraje separado y de la validez, interpretación y ejecución de esos términos de arbitraje separados*. […] Esto es así independientemente de que la ley principal del contrato surja por elección expresa o implícita de las partes, o por cualquier otra norma de conflicto aplicada por un tribunal, como la prueba de la conexión más cercana y real o la aplicación del artículo 4 del Reglamento Roma I. Si existe una elección expresa de la ley, se trata de una elección en cuanto a la ley que debe aplicarse a los términos distintos de los del acuerdo de arbitraje separado (casos del tipo Kabab-Ji aparte). Por lo tanto, tiene poco o nada que decir sobre la elección de la ley de acuerdo arbitral porque está dirigida a un acuerdo diferente y separado. Lo mismo ocurre con la elección implícita de la ley principal del contrato, y a fortiori cuando la ley principal del contrato se impone en virtud de las normas de conflicto por motivos distintos a la elección de las partes. Por supuesto, si la ley principal del contrato no reconoce la doctrina de la separabilidad, y se ha producido una elección expresa de dicha ley, ello puede ser una razón para tratar la elección de la ley principal del contrato como una elección expresa de la misma ley del acuerdo arbitral.[40]

---

39 *Idem*, párrs. 90-91, 109.

40 Enka Insaat Ve Sanayi A.S. vs. OOO «Insurance Company Chubb» and others (2020) EWCA Civ 574. Párrafo 92. Disponible en

Por ende, el Tribunal de Apelación definió que (i) cuando las partes han elegido expresamente la ley aplicable a la cláusula arbitral no hay ninguna dificultad conceptual pues esta ley aplicará en virtud de la elección de las partes; y, (ii) a falta de elección expresa, la elección implícita de las partes al derecho aplicable de la cláusula arbitral será la ley de la ley curial (o la ley de la sede), salvo que haya «fuertes motivos» («powerful reasons») para llegar a una conclusión contraria.[41] En consecuencia, el Tribunal de Apelación se inclinó por la presunción de la sede y determinó que la cláusula arbitral debía de regirse por el derecho inglés.

1.4. La decisión de la Corte Suprema

El asunto fue recurrido en apelación ante la Corte Suprema del Reino Unido.[42] El motivo principal de la cuestión era si la cláusula arbitral debía de regirse bajo el derecho inglés o ruso, ya que Chubb argumentaba que, de ser ruso, los tribunales ingleses no tenían ninguna injerencia en el

<https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2020/574.html>. Traducción libre de: «First, there is no principled basis for treating the main contract law as a significant source of guidance for the AA law in cases where there is an arbitration clause with a different curial law. *The law of the main contract is a system of law applicable to the terms of the main contract and the validity, interpretation and performance of those terms, other than the terms of the separate arbitration agreement and the validity, interpretation and performance of those separate arbitration terms*. […] This is so whether or not the main contract law arises by express or implied choice of the parties, or by any other conflicts rules applied by a court such as the closest and most real connection test or application of Article 4 of the Rome I Regulation. If there is an express choice of law, it is a choice as to the law to be applied to the terms other than those in the separate arbitration agreement (Kabab-Ji type cases aside). It therefore has little if anything to say about the AA law choice because it is directed to a different and separate agreement. The same is true of an implied choice of main contract law, and a fortiori where the main contract law is imposed under conflicts rules on grounds other than a choice by the parties. Of course if the main contract law does not recognise the doctrine of separability, and there has been an express choice of that law, that may be a reason for treating the main contract law choice as an express choice of the same AA law».

41 *Idem*, párr. 91.

42 Enka Insaat Ve Sanayi AS (Respondent) vs. OOO Insurance Company Chubb (Appellant) (2020) UKSC 38. Disponible en <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2020-0091-judgment.pdf>.

asunto por consideraciones de deferencia judicial.[43] Para resolver la cuestión, la Corte Suprema primero determinó que debía aplicar el derecho inglés, al ser la ley del foro;[44] la mayoría señaló que el Convenio de Roma I no era aplicable para cláusulas arbitrales, por lo que decidió aplicar las reglas del derecho común usadas para determinar la ley que rige las obligaciones contractuales.[45]

Bajo esas normas, la Corte Suprema recalcó que el análisis en derecho inglés sigue dos pasos: (i) determinar la voluntad expresa o tácita de las partes (interpretación contractual) o, en su ausencia; (ii) identificar la ley que tenga una relación más estrecha con el contrato (en este caso, el acuerdo arbitral, aplicación de normas de conflicto de leyes).[46]

La Corte Suprema también reconoció que el derecho inglés admitía el fraccionamiento, o *dépeçage*, del contrato, aunque de manera excepcional. Reconoció así que las partes de un contrato pueden elegir que un derecho se aplique a unas porciones del contrato y otro, a otras.[47] Sin embargo, opinó que ello puede ser confuso y que es por lo tanto excepcional: «[…] no se desprende del principio de separabilidad que un acuerdo de arbitraje generalmente debe considerarse como un acuerdo diferente y separado del resto del contrato o que una elección de la ley que rige el contrato no debería, en general, interesarse como aplicable a una cláusula de arbitraje».[48]

Reconoció además que existe una posición distinta, desarrollada en el presente siglo y adoptada por la Corte de Apelación, llamada «el argumento de la superposición».[49] Según esta posición, resultaría artificial dividir el derecho arbitral entre el sustantivo y el procesal, o

43 *Idem*, párr. 6.
44 *Idem*, párr. 34.
45 *Idem*, párrs. 27 y 28.
46 *Idem*, párr. 37. Ver también párr. 118.
47 *Idem*, párrs. 38 y 39. Ver también el párrafo 42 en relación con la exclusión de los acuerdos arbitrales de la Regulación de Roma I.
48 *Idem*, párr. 61.
49 *Idem*, párr. 65 *et seq*, el *overlap argument*.

curial, ya que la sustancia y el proceso del arbitraje están estrechamente relacionados. Así, la superposición entre el derecho arbitral y la elección de la sede del arbitraje es tal que debe preferirse una presunción fuerte a favor de una elección tácita del derecho de la sede.

Si bien la Corte Suprema reconoció que el acuerdo arbitral trata una materia diferente y sirve un propósito diferente al del contrato principal, no adoptó esta tesis de la superposición y más bien consideró que el principio de separabilidad es útil esencialmente para sostener la validez del arbitraje cuando se enfrenta a un contrato subyacente nulo o sin efectos.[50] Consideró que el contrato debe interpretarse como un todo, ya que las partes en los tratos comerciales no esperan dividir sus contratos en dos regímenes jurídicos (*splitting the contract*).[51] Entonces acotó el alcance del principio de separabilidad e interpretó el artículo 7 de la Ley inglesa de Arbitraje de 1996[52] de manera restrictiva. En efecto, consideró que la interpretación del principio de separabilidad que hizo la Corte de Apelación ponía «demasiado alto»[53] dicho principio.

---

50 *Idem*, párr. 61: «[…] no se desprende del principio de separabilidad que un acuerdo arbitral deba considerarse generalmente como "un acuerdo diferente y separado" del resto del contrato o que la elección de la ley aplicable al contrato no deba interpretarse generalmente como aplicable a una cláusula de arbitraje». Traducción libre de «[…] it does not follow from the separability principle that an arbitration agreement is generally to be regarded as "a different and separate agreement" from the rest of the contract or that a choice of governing law for the contract should not generally be interpreted as applying to an arbitration clause».

51 *Idem*, párrs. 38-40.

52 Artículo 7 de la Ley de Arbitraje inglesa de 1996: «Salvo acuerdo en contrario de las partes, un acuerdo de arbitraje que forme o esté destinado a formar parte de otro acuerdo (sea o no por escrito) no se considerará inválido, inexistente o ineficaz por el hecho de que ese otro acuerdo sea inválido, no haya llegado a existir o haya quedado sin efecto, y se considerará *a tal efecto* como un acuerdo distinto» (el resaltado es añadido.) Traducción libre del texto original: «Unless otherwise agreed by the parties, an arbitration agreement which forms or was intended to form part of another agreement (whether or not in writing) shall not be regarded as invalid, non-existent or ineffective because that other agreement is invalid, or did not come into existence or has become ineffective, and it shall *for that purpose* be treated as a distinct agreement» (emphasis added.)

53 Enka Insaat Ve Sanayi AS (Respondent) vs. OOO Insurance Company Chubb (Appellant) (2020) UKSC 38. Párrafo 61. Disponible en <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2020-0091-judgment.pdf>. Traducción libre de «In our view, this puts the principle of separability of the arbitration agreement too high».

En consecuencia, cuando las partes no han elegido la ley aplicable al acuerdo de arbitraje, pero sí la ley aplicable al contrato subyacente, la ley aplicable al contrato se aplicará a la parte sustantiva del acuerdo de arbitraje, a menos que haya una buena razón para lo contrario (como cuando la ley de la sede establece expresamente que se aplica a los acuerdos de arbitraje; caso Carpatsky Petroleum Corp. vs. PJSC Ukrnafta) o cuando haya un riesgo de que la ley del contrato invalide el convenio arbitral (caso Sulamérica vs. Enesa Engenharia). En esos casos, el derecho de la sede se debe limitar a los aspectos «curiales» o procesales del arbitraje, ya que no se puede inferir que las partes hayan deseado que esa ley rija la totalidad del acuerdo de arbitraje. Lo anterior cobra fuerza, según la Corte Suprema, a la luz de la estructura de la ley de arbitraje inglesa que contiene disposiciones imperativas y disposiciones de aplicación voluntaria, lo que permite una división entre lo procesal y lo sustantivo.[54]

En breve, los lineamientos principales del fallo de Enka vs. Chubb pueden resumirse de la siguiente manera:[55]

1. Si las partes eligieron explícitamente la ley aplicable a la cláusula arbitral, esa ley debe gobernar la cláusula arbitral.[56]

2. Si las partes no eligieron la ley aplicable a la cláusula arbitral, pero sí eligieron la ley aplicable al contrato subyacente de manera expresa o táctica, entonces dicha ley será la ley aplicable al acuerdo arbitral.[57] La elección de una jurisdicción diferente como sede del arbitraje, por sí misma, no es motivo suficiente para negar la

---

54 *Idem*, párr. 73 *et seq*. Según la Corte Suprema, las disposiciones de aplicación voluntaria se excluirían en el caso en que el acuerdo arbitral esté gobernado por un derecho distinto al derecho de la sede.

55 *Idem*, párr. 170; SCHERER, Maxi y Ole JENSEN. «The Law Governing the Arbitration Agreement: A Comparative Analysis of the United Kingdom Supreme Court's Decision in Enka v Chubb». *Op. cit*., p. 180.

56 Enka Insaat Ve Sanayi AS (Respondent) vs. OOO Insurance Company Chubb (Appellant) (2020) UKSC 38. Párrafo 170(iii).

57 *Idem*, párrs. 120, 170(iv).

inferencia de que la ley del contrato subyacente rige la cláusula arbitral.[58]

3. Si las partes no eligieron la ley aplicable a la cláusula arbitral ni la ley aplicable al contrato subyacente, entonces se debe elegir el derecho con la conexión más estrecha y real con el acuerdo de arbitraje (*closest connection test*).[59] Será en general la ley de la sede la que tenga esa relación más estrecha.

En el caso concreto, la Corte Suprema recalcó que el contrato no contenía una elección expresa de la ley aplicable a la cláusula arbitral, ni de ley aplicable al Contrato.[60] Por ende, ante la falta de elección, la Corte debía determinar si las partes habían elegido una ley aplicable al contrato de manera tácita. Haciendo una interpretación exhaustiva del contrato, determinó que las partes no habían acordado una ley aplicable al contrato; es más, infirieron que era probable que no hayan logrado consensuar este importante aspecto.[61] Así, la Corte Suprema determinó que el paso final era el de aplicar el test de la conexión más estrecha y real con el convenio arbitral.[62] Al ser Londres la sede del arbitraje, la Corte determinó que la ley inglesa regía la cláusula arbitral.[63]

El significado de Enka vs. Chubb es enorme porque, como se dijo, zanja un historial de decisiones incongruentes alrededor de uno de los aspectos medulares del arbitraje internacional, el principio de separabili-

58 *Idem*, párr. 170(v). Las salvedades son que la ley de la sede contenga una norma imperativa en contrario (como el caso de Suecia) o que el derecho del contrato ponga en riesgo la validez del acuerdo arbitral, lo que contravendría el llamado principio *pro validitatis*.

59 *Idem*, párr. 120.

60 *Idem*, párrs. 148-155.

61 *Idem*, párr. 160.

62 *Idem*, párr. 156.

63 *Idem*, párrs. 156, 169, 186.

dad. Además, al ser Londres una de las capitales del arbitraje internacional,[64] esta decisión podría marcar la pauta para otras jurisdicciones. En el fallo se hace una exégesis muy completa del derecho inglés en la materia, incluyendo las normas de conflicto de leyes, la jurisprudencia inglesa, la Ley de Arbitraje inglesa de 1996, la Convención de Nueva York, los enfoques adoptados por otras jurisdicciones y los escritos de académicos de la talla de Albert Jan van den Berg y Gary Born.

Seguidamente, y antes de exponer las interrogantes que surgen de la decisión, es obligado repasar el principio de separabilidad a la luz de la Convención de Nueva York y de la teoría transnacional del arbitraje; en particular, el llamado *dépeçage*, o fraccionamiento entre el acuerdo arbitral y el contrato principal que lo contiene.

2. LOS ALCANCES DEL PRINCIPIO DE SEPARABILIDAD Y EL *DÉPEÇAGE*

Es bien sabido que la separabilidad de la cláusula arbitral, lo que significa esencialmente es que las vicisitudes que pueda sufrir el contrato principal no necesariamente las sufre el acuerdo arbitral, es decir, el destino del acuerdo arbitral está disociado del contrato principal. El principio de separabilidad es una especie de ficción que nació por necesidad, ya que sin él, al ser el acuerdo o cláusula arbitral accesoria al contrato principal, si se declara inexistente o ineficaz el principal, el acuerdo arbitral correría la misma suerte.[65] Las consecuencias no deseadas de tal escenario irían

---

64 Conforme con las estadísticas de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), Londres fue la sede más elegida para arbitrajes CCI en el 2019 y la segunda sede más elegida en el 2020, luego de París. Ver INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *2020 ICC Dispute Resolution Statistics*. Recuperado de <https://iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-statistics-2020/>, p. 30; INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *2019 ICC Dispute Resolution Statistics*. Recuperado de <www.iccwbo.org/dr-stat2019>, p. 14.

65 Para el desarrollo de este principio, ver BORN, Gary. *Op. cit.*, pp. 510-523; CAIVANO, Roque J. «El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene». En *Derecho y Ciencias Sociales*, octubre 2015, n.º 13, p. 20; MANTILLA SERRANO, Fernando. «Los principios de Autonomía y Competencia-Competencia en el Nuevo Estatuto Arbitral Colombiano». En *Revista Internacional de Arbitraje*, julio-diciembre 2012, n.º 17, pp. 2-6. Recuperado de <https://xperta.legis.co/visor/temp_rarbitraje_9dab7f0b-24e5-4957-a6f6-5b04067b87ee>.

desde la utilización dilatoria de la vía arbitral para anular un contrato, la imposibilidad de aislar los asuntos de competencia de los asuntos del fondo, hasta un sesgo pro validez del contrato por parte de los árbitros. También se le llama principio de autonomía o independencia de la cláusula arbitral.

La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante, la Ley Modelo) de 1985 consagra ese principio en su artículo 16.1 al establecer que:

> El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria.

Así, el principio de separabilidad, o autonomía de la cláusula arbitral, tiene tres corolarios: (1) el acuerdo arbitral no sigue la suerte del contrato principal; (2) el árbitro es el juez de su propia competencia, o principio *kompetenz-kompetenz*; y (3) el acuerdo arbitral puede ser regido por un derecho distinto al derecho aplicable al contrato principal, o *dépeçage*. Es alrededor de este último aspecto que gira la discusión en Enka vs. Chubb.

En este análisis, el punto de partida es la Convención de Nueva York y, en particular, el artículo V.1.a.:

> […] Que las partes en el acuerdo [arbitral] estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les aplica *o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido o, si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia* […]. (Resaltado añadido)

Al incluir una norma en defecto de un acuerdo específico sobre el derecho aplicable al acuerdo arbitral, la Convención de Nueva York lleva a su máxima expresión la autonomía de la cláusula arbitral, pues obliga a los jueces a buscar la voluntad de las partes y solo a falta de esa voluntad los refiere al derecho arbitral del país en que se dicte la sentencia.[66]

En la práctica, cuando es relevante determinar el derecho aplicable al acuerdo arbitral, no se ha seguido una sola fórmula. En el caso de Inglaterra, ello queda claro de la sección anterior, pero también basta con ver los apuntes sobre este aspecto en la Guía sobre la Convención de Nueva York, en particular sobre la disposición citada, para confirmar que es un fenómeno de amplio alcance.[67] Así, unos jueces interpretan cuál es la voluntad implícita de las partes en relación con el derecho aplicable al procedimiento arbitral y aplican ese derecho al acuerdo arbitral;[68] otros, aplican la ley del contrato como si fuera la voluntad implícita de las partes;[69] mientras que otros aplican la ley sustantiva de la sede sin hacer un análisis de la voluntad implícita, sino aplicando directamente el artículo V.1.a de la Convención de Nueva York.[70]

Dada la excepcionalidad de una elección expresa de derecho aplicable en el acuerdo arbitral,[71] este asunto no es menor, puesto que de no

66 «Está bien asentado en la práctica arbitral y reflejado en las reglas arbitrales institucionales y las legislaciones arbitrales que un laudo es dictado en la sede del arbitraje» (traducción libre). Enka Insaat Ve Sanayi AS (Respondent) vs. OOO Insurance Company Chubb (Appellant) (2020) UKSC 38. Párrafo 35.

67 Ver *New York Convention Guide*, CNUDMI, Shearman & Sterling y Columbia Law School, disponible en <https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=cmspage&pageid=10&menu=621&opac_view=-1>, artículo V(1)(a), párrs. 31-33.

68 Ver Telenor Mobile Communications AS vs. Storm LLC, District Court, Distrito sur de Nueva York, Estados Unidos de América, 2 noviembre 2007, 524 F. Supp. 2d 332.

69 Ver Egyptian Company for Concrete & Hashem Ali Maher vs. STC Finance & Ismail Ibrahim Mahmoud Thabet & Sabishi Trading and Contracting Company, Corte de Casación, Egipto, 27 marzo 1996, 2660/59.

70 Ver K vs. F AG, Oberster Gerichtshof, Austria, 23 octubre 2007, XXXIII Y.B. Com. Arb. 354 (2008).

71 Enka Insaat Ve Sanayi AS (Respondent) vs. OOO Insurance Company Chubb (Appellant) (2020) UKSC 38. Párrafo 43. Disponible en

ser por un cambio en esa práctica seguirá siendo un tema cuya definición quedará sujeta a los tribunales judiciales de los distintos países. Esta incoherencia es precisamente lo contrario a las aspiraciones de los redactores de la Convención de Nueva York y, posteriormente, de la Ley Modelo. Terminar con ella mediante el desarrollo de una solución uniforme es altamente deseable, sobre todo dentro de la concepción de un arbitraje verdaderamente transnacional cuya legitimidad se encuentra en la intersubjetividad de las distintas jurisdicciones y concepciones del arbitraje.

El principal exponente de la teoría del arbitraje transnacional fue el profesor Emmanuel Gaillard, quien distinguió tres enfoques del arbitraje internacional, a saber: la posición «monolocal», la perspectiva westfaliana y la visión transnacional. Tal como lo postulaba Gaillard, la importancia de definir las visiones radica no solo en las discusiones conceptuales, sino también en las consecuencias prácticas a la hora de definir distintos aspectos del arbitraje en uno y otro caso, como, por ejemplo, la determinación de la ley aplicable al fondo de la disputa, la conducción del procedimiento arbitral e incluso el destino final del laudo que se emita.[72]

Según la clasificación de Gaillard, la representación monolocal, que es la concepción más tradicional, considera que la fuente de legitimación y validez del arbitraje internacional es la ley de la sede del arbitraje. Gaillard ejemplifica con un arbitraje cuya sede es México entre una compañía francesa y otra estadounidense bajo un contrato gobernado por ley suiza. Según la visión monolocal, ese arbitraje sería mexicano, porque

<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2020-0091-judgment.pdf>; «En la práctica, las partes rara vez eligen el derecho que gobierna su acuerdo arbitral» (traducción libre.) Ver *New York Convention Guide*, disponible en <https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=cmspage&pageid=10&menu=621&opac_view=-1>, artículo V(1)(a), párr. 30.

72 GAILLARD, Emmanuel. «International Arbitration as a Transnational System of Justice». En *Arbitration: The Next Fifty Years*, 2012, pp. 66-67.

es el ordenamiento jurídico mexicano el que lo ha «preautorizado» y el laudo se considera mexicano.[73]

El segundo paradigma es el que Gaillard llama westfaliano, que considera que el arbitraje internacional encuentra su legitimidad de distintos ordenamientos jurídicos, incluyendo el Estado o Estados donde se ejecute el laudo. A diferencia del primer enfoque, un arbitraje no está «preautorizado», sino que se legitima *a posteriori* si el laudo cumple con los criterios de ejecución en el Estado correspondiente. La ley del arbitraje se construye entre varios ordenamientos relevantes para cada caso mientras que la sede es la ubicación física donde se lleva a cabo el arbitraje y no determina necesariamente el alcance del rol del árbitro. Existe una pluralidad judicial, pues cada Estado tiene una legítima potestad, en igualdad a los otros Estados, para decidir las condiciones bajo las cuales considera válido el arbitraje y el consecuente laudo como digno de ejecución.[74]

El tercer enfoque, el transnacional, considera que la legitimidad del arbitraje descansa en el colectivo de la comunidad internacional cuya visión se expresa a través de instrumentos como la Convención de Nueva York y la Ley Modelo, así como de numerosas guías. Estas herramientas una visión común de un «derecho arbitral» que rige la forma de conducción de un arbitraje para que sea reconocido como medio legítimo de adjudicación. La legitimidad del arbitraje yace en la actividad normativa colectiva de varios Estados y se condice con la percepción según la cual los árbitros no administran justicia a nombre de un Estado en particular, sino a beneficio de la comunidad internacional.[75]

Según la perspectiva transnacional de Gaillard, las soluciones en el arbitraje se van desarrollando mediante un colectivo que comprende que el arbitraje responde a una necesidad que en primer término descansa en

---

73 *Idem*, pp. 67-68 (traducción libre).
74 *Idem*, p. 68 (traducción libre).
75 *Ibidem* (traducción libre).

la voluntad de las partes y, en última instancia, debe respetar ciertos límites de orden público transnacional. De esta forma, en la práctica, las decisiones de un árbitro transnacional deben orientarse por las tendencias internacionales, que se desarrollan mediante una intersubjetividad con el fin de brindar uniformidad y previsibilidad al arbitraje internacional. En palabras de Gaillard:

> Mientras que la visión westfaliana se caracteriza por un margen de imprevisibilidad, la visión transnacional pretende promover la certidumbre a través de su respaldo a los principios mayoritarios y su rechazo a las normas jurídicas idiosincrásicas o anticuadas.[76]

Desde nuestra perspectiva, si bien esta visión es conceptual —y hasta cierto punto utópica—, es una visión coherente con la que vio nacer a la Convención de Nueva York[77] y, posteriormente, a la Ley Modelo.

En ese contexto, y volviendo al tema que nos ocupa, una interpretación del artículo V.1.a de la Convención de Nueva York que tendría sentido dentro de la concepción transnacional del arbitraje es aquella que permita llevar el *dépeçage* a su máxima expresión y no a su mínima expresión. Lo anterior porque con la evolución del ordenamiento jurídico arbitral es más natural, racional y realista suponer que las partes de un contrato que incluye un acuerdo arbitral con una sede distinta al país cuyo derecho se aplica al contrato subyacente desean que el arbitraje se desarrolle conforme a las normas sustantivas de la sede y no solo a las normas meramente «curiales» o procesales.

---

76 *Idem*, p. 70. Traducción libre de: «Whereas the Westphalian vision is characterized by a margin of unpredictability, the transnational view aims at promoting certainty through its endorsement of majoritarian principles and its rejection of idiosyncratic or outdated rules of law».

77 Ver, por ejemplo, JIMÉNEZ FIGUERES, Dyalá. «Las convenciones anteriores a la Convención de Nueva York: discusiones y problemas». En *Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50° aniversario*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008: «9: […] el régimen actual diseñado por la Convención de Nueva York y la Ley Modelo de la CNUDMI no elimina la legislación de la sede. El objetivo ha sido más bien uniformar las leyes nacionales y lograr que ellas reflejen el estado moderno del arbitraje y que establezcan límites dentro de los cuales el arbitraje puede darse libremente».

En ese sentido, si en un acuerdo arbitral «nada se hubiera indicado a este respecto [refiriéndose a la ley aplicable al acuerdo arbitral]», recurrir al derecho contractual de la sede del arbitraje pareciera ser la solución que la Convención de Nueva York propone. Esta solución está en la Ley Modelo también en sus artículos 34.2.a.i y 36.1.a.i. Esta solución no solo evita fraccionar en dos el propio arbitraje, con unos aspectos gobernados por el derecho de la sede y otros por otro derecho, sino que también tiene un efecto colateral de política pública: las jurisdicciones tendrán incentivos para competir como sedes de arbitraje. En esa competencia —fue la aspiración de la Ley Modelo—, los países pretenden una uniformidad de normas básicas aptas para la solución de controversias en el ámbito de los contratos comerciales internacionales.

Si la comunidad de arbitraje internacional ha adoptado la ficción creada por el principio de separabilidad, necesaria por las razones expuestas, parecería más práctico y coherente adoptar también de la ficción del *dépeçage*.

3. CONCLUSIÓN

La decisión de la mayoría en Enka vs. Chubb ofrece una oportunidad para que la comunidad de arbitraje internacional se plantee varias preguntas.

La primera es si es una decisión que va en la dirección correcta en términos de la construcción de un sistema arbitral verdaderamente coherente y transnacional. ¿No habría sido una solución más simple y coherente con la Convención de Nueva York seguir la línea de C vs. D, como lo hizo la Corte de Apelaciones en el caso *ad quem*?[78] En el primer párrafo de Enka vs. Chubb, la Corte Suprema habla de tres ordenamientos aplicables en los contratos de comercio internacional, dos de los cuales se

[78] Enka Insaat Ve Sanayi A.S. vs. OOO «Insurance Company Chubb» and others (2020) EWCA Civ 574. Disponible en <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2020/574.html>, párrs. 92, 101.

aplicarían al arbitraje.[79] En contraste, la Convención de Nueva York parece reconocer solo un ordenamiento arbitral.

La siguiente pregunta, consecuencia de la anterior, tiene que ver con la redacción de las cláusulas arbitrales por los operadores económicos y del derecho. En las jurisdicciones que sigan la línea inglesa será necesario indicar no solo la sede del arbitraje, sino la ley aplicable al acuerdo arbitral si se quiere reforzar la «internacionalidad» del proceso arbitral. Para seguir con el caso de marras, el acuerdo arbitral en el contrato establecía lo siguiente:

> **Resolución de disputas**
>
> 50.1. Las Partes se comprometen a hacer de buena fe todos los esfuerzos razonables para resolver cualquier disputa o desacuerdo que surja de o en relación con este Acuerdo (incluyendo las disputas sobre la validez de este acuerdo y el hecho de su celebración (en adelante - Disputa) por medio de negociaciones entre ellas. En el caso de que no se resuelva una Disputa de acuerdo con este artículo en el plazo de 10 (diez) días a partir de la fecha en que cualquiera de las Partes envíe una Notificación a la otra Parte con la indicación de la Disputa en cuestión (el plazo puede ser prorrogado por consentimiento mutuo de las Partes), cualquiera de las Partes podrá, mediante notificación por escrito, hacer que el asunto se remita a una reunión entre los altos directivos del Contratista y del Cliente (en el caso del Contratista, los altos directivos deben entenderse como miembros del consejo de administración o superiores; en el caso del Cliente, los altos directivos deben entenderse como directores generales de sus respectivas empresas). Las partes podrán invitar al Cliente Final a dicha reunión con los directivos. Dicha reunión deberá celebrarse

[79] Ver Enka Insaat Ve Sanayi AS v OOO Insurance Company Chubb (2020) UKSC 38. Párrafo 1: «Cuando un contrato comercial internacional contiene un acuerdo para resolver disputas mediante arbitraje, cuando se produce una disputa se utilizan al menos tres sistemas de derecho nacional. Ellos son la ley que rige el fondo de la controversia; la ley que rige el acuerdo de arbitraje; y la ley que rige el proceso de arbitraje». Traducción libre de «Where an international commercial contract contains an agreement to resolve disputes by arbitration, at least three systems of national law are engaged when a dispute occurs. They are: the law governing the substance of the dispute; the law governing the agreement to arbitrate; and the law governing the arbitration process».

dentro de los catorce (14) días naturales siguientes a la entrega de la notificación. Si el asunto no se resuelve dentro de los veinte (20) días naturales siguientes a la fecha de la notificación que remite el asunto a la dirección superior correspondiente o en la fecha posterior que se acuerde por unanimidad, la Disputa se someterá a *arbitraje internacional* de la siguiente manera:

a. la Disputa se resolverá definitivamente según el *Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*;

b. la controversia será resuelta por *tres árbitros nombrados de conformidad con ese Reglamento*;

c. el arbitraje se llevará a cabo en *idioma inglés*; y

d. la sede del arbitraje será *Londres, Inglaterra*.[80] (Resaltado añadido)

---

80 Traducción libre de la cláusula 50.1 del Contrato:
«Resolution of disputes
50.1. The Parties undertake to make in good faith every reasonable effort to resolve any dispute or disagreement arising from or in connection with this Agreement (including disputes regarding validity of this agreement and the fact of its conclusion (hereinafter – "Dispute") by means of negotiations between themselves. In the event of the failure to resolve any Dispute pursuant to this Article within 10 (ten) days from the date that either Party sends a Notification to the opposite Party containing an indication of the given Dispute (the given period may be extended by mutual consent of the Parties) any Party may, by giving written notice, cause the matter to be referred to a meeting between the senior managements of the Contractor and Customer (in the case of the Contractor senior management should be understood as a member of the executive board or above, in the case of Customer, senior management shall be understood as general directors of their respective companies). The parties may invite the End Customer to such Senior Management Meeting. Such meeting should be held within fourteen (14) calendar days following the giving of a notice. If the matter is not resolved within twenty (20) calendar days after the date of the notice referring the matter to appropriate higher management or such later date as may be unanimously agreed upon, the Dispute shall be referred to international arbitration as follows:
the Dispute shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce,
the Dispute shall be settled by three arbitrators appointed in accordance with these Rules,
the arbitration shall be conducted in the English language, and the place of arbitration shall be London, England».

En la interpretación de la cláusula arbitral que hace la Corte Suprema no se percibe sensibilidad a los términos subrayados arriba.[81] Una lectura sencilla del acuerdo arbitral ¿no nos dice que el lenguaje es bastante «indicativo» —en palabras de la Convención de Nueva York— de la voluntad de las partes de someterse a un arbitraje internacional bajo las normas inglesas al arbitraje? De ser así, si el contrato hubiese contenido una elección de derecho contractual distinto al inglés, por ejemplo, ruso o turco, ¿habría tenido que determinar la Corte Suprema que esas leyes y no la inglesa aplicaban al arbitraje (en la parte sustantiva)?

Si bien es sabido que no es habitual, se hace más recomendable que nunca que las partes señalen de manera expresa la ley aplicable al convenio arbitral. Algunos centros de arbitraje ofrecen cláusulas modelo que van en esa dirección.[82]

Por último, la aplicación de la ley de arbitraje inglesa reduce el *dépeçage* a su expresión mínima, puesto que divide el «derecho arbitral» entre aspectos puramente procesales y otros sustantivos, con lo cual a la postre podría ofrecer un problema en lugar de una solución. ¿Son estos los resultados deseados por los creadores del sistema de arbitraje internacional; son estos los resultados que debemos desarrollar dentro del concepto transnacional del arbitraje?

---

81 Ver párrs. 158 y 161-169 de Enka Insaat Ve Sanayi AS v OOO Insurance Company Chubb (2020) UKSC 38: «Este argumento consiste en que el acuerdo de arbitraje está en una cláusula del contrato (artículo 50) sobre resolución de conflictos, que contiene otras obligaciones además de la obligación de arbitraje y que está, como dijo el señor Bailey QC, "enterrada en lo más profundo" del contrato e inextricablemente conectada con otras disposiciones del mismo. Se dice que en estas circunstancias las partes deben haber querido que todas las obligaciones del artículo 50, incluido el acuerdo arbitral, se rigieran por el mismo sistema jurídico que las demás y que el resto del contrato. A los efectos de este argumento, es necesario determinar la ley aplicable al cuerpo principal del contrato de construcción» (traducción libre).

82 Ver Cláusula Modelo de Arbitraje para las Reglas del HKIAC («[Opcional:] La ley de la cláusula arbitral será […]», traducción libre). Ver original: («[Optional:] The law of this arbitration clause shall be […]»). Ver también Chartered Institute of Arbitrators, Cláusulas Arbitrales Modelo, Sección C.7 («La cláusula arbitral se regirá por [escoger ley aplicable:]») (Traducción libre). Ver original: «The arbitration agreement shall be governed by [choose the relevant law]».

¿No convendría, más bien, adoptar la vía de la ley sueca e incluso fomentar la reforma a la Ley Modelo de la CNUDMI en esa dirección?[83] Se podría reformar el artículo 7[84] para agregar un inciso 7 que clarifique sobre el derecho aplicable al compromiso arbitral:

> 7. El derecho aplicable al acuerdo de arbitraje será el que las partes determinen. A falta de acuerdo expreso, el tribunal arbitral aplicará la ley de la sede del arbitraje.

Una conversación con Emmanuel Gaillard alrededor de estas interrogantes nos daría mucha luz, pero tristemente hoy no es posible.[85]

4. BIBLIOGRAFÍA

BORN, Gary. *International Commercial Arbitration.* The Hague, Kluwer Arbitration, 2021.

CAIVANO, Roque J. «El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene». En *Derecho y Ciencias Sociales*, octubre 2015, n.º 13, pp. 13-39.

CHOI, Dongdoo. «Torn Between Sulamérica and FirstLink? A Practical Solution to Choice of Law Issues at the Pre-Award Stage». En *Asian Dispute Resolution*, 2016, n.º 1, vol. 18.

---

83 Ver JIMÉNEZ FIGUERES, Dyalá. «¿Superamos la Ley Modelo o es tiempo para una nueva? Invitación a un debate». En *Young Arbitration Magazine*, 2015, tercera educiónj. Recuperado de <http://djarbitraje.com/pdf/843III%20EDICION%20YAM.pdf>.

84 Este inciso se agregaría a la Ley Modelo original y en cuanto a la versión de la Ley Modelo con las enmiendas aprobadas en el 2006 se agregaría a la opción I. En esta última versión se agregaría este mismo texto también a la opción II del artículo 7.

85 Sin embargo, el profesor Gary Born comparte algunas de las preocupaciones que se describen arriba. Ver conferencia *Innovative Trends in International Arbitration*, disponible en <https://www.simple-legal.consulting/i-love-arbitration>, desde primera hora, minuto 57, segundo 28 hasta segunda hora, minuto dos, segundo 54.

DE-CARVALHO, Jose Carlos. «Note: Enka Insaat Ve Sanayi AS v. OOO Insurance Company Chubb & Ors [2020], Supreme Court of the United Kingdom, UKSC 38, 9 October 2020». En *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2021.

GAILLARD, Emmanuel. «International Arbitration as a Transnational System of Justice». En *Arbitration: The Next Fifty Years*, 2012.

GAILLARD, Emmanuel. *Legal Theory of International Arbitration*. Leiden-The Netherlands: *Koninklijke Brill NV*, 2010.
INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *2019 ICC Dispute Resolution Statistics*. Recuperado de <www.iccwbo.org/dr-stat2019>.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *2020 ICC Dispute Resolution Statistics*. Recuperado de <https://iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-statistics-2020/>.

JIMÉNEZ FIGUERES, Dyalá. «Las Convenciones anteriores a la Convención de Nueva York: discusiones y problemas». En *Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50° aniversario*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.

JIMÉNEZ FIGUERES, Dyalá. «¿Superamos la Ley Modelo o es tiempo para una nueva? Invitación a un debate». En *Young Arbitration Magazine*, 2015, tercera educiónj. Recuperado de <http://djarbitraje.com/pdf/843III%20EDICION%20YAM.pdf>.

KOEPP, Johannes y David TURNER. «A Massive Fire and a Mass of Confusion: Enka v. Chubb and the Need for a Fresh Approach to the Choice of Law Governing the Arbitration Agreement». En *Journal of International Arbitration*, 2021, n.º 3. vol. 38.

MANTILLA SERRANO, Fernando. «Los principios de Autonomía y Competencia-Competencia en el Nuevo Estatuto Arbitral Colombiano». En

Revista Internacional de Arbitraje, julio-diciembre 2012, n.º 17, pp. 2-6. Recuperado de <https://xperta.legis.co/visor/temp_rarbitraje_9dab7f0b-24e5-4957-a6f6-5b04067b87ee>.

MCBRAYER, Mercy. «Enka v. Chubb: The UK Supreme Court (slightly) illuminates choice of law test for arbitration agreements». En *Chartered Institute of Arbitrators*, 2020.

PETER BERGER, Klaus. «Re-Examining the Arbitration Agreement: Applicable Law – Consensus or Confusion?». En *International Arbitration 2006: Back to Basics?*». En *ICCA Congress Series*, 2007, vol. 13.

SCHERER, Maxi y Ole JENSEN. «Of Implied Choices and Close Connections: Two Pervasive Issues Concerning the Law Governing the Arbitration Agreement». En BEDARD, Julie y Jack BUSBY (editores). *Festschrift George A. Bermann* (inédito).

SCHERER, Maxi y Ole JENSEN. «The Law Governing the Arbitration Agreement: A Comparative Analysis of the United Kingdom Supreme Court's Decision in Enka v Chubb». En *IPRax*, 2021, n.º 2, vol. 177.

TARAWALI, Naomi y Patrick GERARDY. «The Law Governing the Arbitration Agreement – A Fresh Look at an Old Debate after the UK Supreme Court's Enka Judgment and Recent Clarification by the German Federal Court of Justice». En *German Arbitration Journal*, 2021, n.º 4, vol. 19.

WINNINGTON-INGRAM, Lucy y Eva LITINA. «Enka v Chubb: UK Supreme Court Judgment Determines the Applicable Law of the Arbitration Agreement». En *Transnational Dispute Management,* octubre 2020.

Decisiones judiciales y legislación

BCY v. BCZ [2016] S.G.H.C. 249.

Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, Nueva York, 10 de junio de 1958.

C v. D. [2007] EWCA Civ 1282.

Carpatsky Petroleum Corp. v. PJSC Ukrnafta (2020) EWHC 769 (Comm), (2020) Bus. L.R. 1284.

Enka Insaat Ve Sanayi A.S. v. OOO «Insurance Company Chubb» and others (2020) EWCA Civ 574.

Enka Insaat Ve Sanayi AS v OOO Insurance Company Chubb (2020)UKSC 38.

FirstLink Investments Corp. Ltd. v. GT Payment Pte. Ltd. (2014) S.G.H.C.R. 12.

Kabab-Ji SAL (Lebanon) v. Kout Food Group (Kuwait) (2020) EWCA Civ 6, (2020) 1 WLUK 89.

Ley de Arbitraje del Reino Unido (1996).

Ley Sueca de Arbitraje (SFS. 1999:116).

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, con las enmiendas
aprobadas en 2006.

Sulamérica Cia Nacional de Seguros S. A. v. Enesa Engenharia S. A. (2012) EWCA Civ 638, (2013) 1 W.L.R. 102.

LA ANULACIÓN DEL LAUDO EN EL PERÚ

Fiorella Vanessa Casaverde Cotos [*]

Sumario: 1. Causales de anulación del laudo arbitral.— 1.1. El convenio arbitral es inexistente, inválido, nulo, anulable o ineficaz.— 2. La inexistencia de convenio arbitral.— 3. La validez e ineficacia del convenio arbitral.— 3.1. Notificación de las actuaciones y defensa de las partes.— 3.2. Composición del tribunal arbitral y actuaciones arbitrales.— 3.3. Materias no sometidas a la decisión del tribunal arbitral.— 3.4. Materias no susceptibles de arbitraje.— 3.5. El laudo es contrario al orden público internacional.— 3.6. Laudo dictado fuera del plazo.— 3.7. Trámite del recurso de anulación.— 3.8. Renuncia al recurso de anulación.— 4. El efecto no suspensivo del recurso de anulación de laudo.— 5. Bibliografía.

El arbitraje como jurisdicción especial no debe estar sometido a control de ninguna autoridad o entidad externa;[1] sin embargo, la puridad del proceso arbitral que se deslinda de la jurisdicción ordinaria tiene, como todo en la vida, excepciones, siendo para el caso de nuestra legislación vigente, la anulación de laudos y la ejecución de los mismos materias que se delegan al Poder Judicial.

---

[*] Magíster en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Árbitra de la Cámara de Comercio de Lima.

[1] Numeral 4 del artículo 3 del Decreto Legislativo n.º 1071: «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 el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad».

De esta manera, se advierte que el conflicto que en principio fue resuelto por un tercero imparcial e independiente de la jurisdicción ordinaria, puede ser sometido a un control judicial *ex post* a la emisión de laudo.[2]

El proceso arbitral cuenta con las garantías del debido proceso, pero con los matices propios de esta jurisdicción especial, por lo que en la formulación y trámite de un recurso de anulación se deberán considerar estas garantías. No obstante lo señalado, no debemos confundir la revisión *ex post* del laudo, con la pluralidad de la instancia (una garantía del debido proceso a nivel judicial) que no es propia del arbitraje al no existir una estructura de jerarquía ideada con fines revisores como sí sucede en el proceso judicial.[3]

El artículo 62 del Decreto Legislativo n.º 1071, decreto legislativo que norma el arbitraje, establece en su inciso 1 que contra el laudo solo podrá interponerse recurso de anulación, siendo este recurso la única vía de impugnación del laudo que tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63.

Caracteriza al recurso de anulación que se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo, encontrándose «prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral».

De la revisión del artículo 62 del Decreto Legislativo n.º 1071 podemos advertir que el recurso de anulación se caracteriza por ser: taxativo, residual y *ex post*.

2 BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Litigio arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva*. Lima: Palestra Editores, 2016, p. 412.

3 ALBA NAVARRO, Esteban. *La anulación del laudo. Primera parte*. Lima: Palestra Editores, Estudio Mario Castillo Freyre, 2011, p. 150.

Es taxativo porque su postulación solo podrá realizarse en base a las causales expresamente indicadas en el artículo 63 del Decreto Legislativo n.º 1071, ello obedece a la intención del legislador de proteger la institución arbitral evitando que cualquier argumentación pueda sustentar un recurso que tiene como finalidad anular el laudo, de ahí la necesidad de postular y acreditar los supuestos contemplados en nuestra norma.

Es residual, porque tratándose del arbitraje solo podrá plantearse un recurso de anulación una vez haya finalizado el proceso arbitral, con lo que se reitera que nuestra norma pertinente se ha elaborado en función a proteger el sistema evitando que las causales puedes suspender el trámite de un proceso arbitral.

Como podemos apreciar, las características del recurso de anulación tienen como misión garantizar la continuidad del proceso arbitral, fortaleciendo así la figura, ya que cualquier cuestionamiento relacionado a temas de formalidad del proceso deberá ser llevado a revisión ante el Poder Judicial una vez haya finalizado el arbitraje.

Alba[4] refiere que dentro del procedimiento de revisión judicial del arbitraje para el recurso de anulación existen principios rectores como el principio irrevisabilidad, el principio de legalidad en la determinación de las causales de anulación, el principio de iniciativa de parte en la alegación y acreditación de las causales de anulación y el principio de reclamo previo.

Concordamos con lo manifestado por Alba y advertimos que nuestro legislador ha considerado cada uno de los principios señalados, pues las causales de anulación del laudo previstas en el Decreto Legislativo n.º 1071 exigen que el cuestionamiento no se centre en la decisión de fondo, se sustente en causales expresamente previstas por la norma, sea

4 *Idem*, p. 64.

solicitado por las partes, con excepción de un par de supuestos que ameritan su conocimiento de oficio y en caso de causales que no estén vinculadas al orden público o normas imperativas que sean alegadas por la parte interesada.

1. CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

El artículo 63 del Decreto Legislativo n.º 1071 establece las causales de anulación, mientras que el artículo 65 de dicha norma señala sus consecuencias, por lo que hemos considerado para un mejor desarrollo de este artículo explicar conjuntamente estas disposiciones.

1.1. El convenio arbitral es inexistente, inválido, nulo, anulable o ineficaz

El arbitraje es voluntad y esa voluntad se expresa a través de la existencia de un convenio arbitral suscrito por las partes que, convencidas que este es el mejor camino para solucionar su conflicto, han elegido el arbitraje como medio de solución de controversias. De esta premisa deviene lógicamente que ante un convenio que pueda ser cuestionado puede alegarse la nulidad del laudo, ya que todo lo construido teniendo como base este convenio «perjudicado» no tiene, en realidad, una base para sostenerse.

La Constitución Política del Perú establece en el inciso 3 de su artículo 139 que «ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación».

Las controversias que surjan entre los ciudadanos deberán resolverse en la vía ordinaria ante el Poder Judicial, salvo que se hayan sometido a una jurisdicción especial que puede ser la jurisdicción arbitral o

militar. Sin ánimo de ser reiterativos, los ciudadanos no podrán ser trasladados de la jurisdicción ordinaria a la jurisdicción arbitral sin su previo consentimiento.

Tomando en consideración lo señalado podemos hacer un símil con el derecho civil, ya que llevar a cabo un proceso arbitral cuando no nos hemos sometido a esta jurisdicción es como haber construido en terreno ajeno, es decir, nos hemos sustraído de la jurisdicción ordinaria —el Poder Judicial— para construir en el arbitraje un proceso que no debía llevarse por este camino.

La primera causal de anulación del laudo se encuentra prevista en el literal a) del inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje y señala que se puede solicitar la anulación del laudo, alegando y probando que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.

La norma busca considerar todos los posibles supuestos que puedan afectar al convenio arbitral, sin embargo, todas estas categorías jurídicas bien pudieron ser resumidas bajo el único término de ineficacia ya que tanto la nulidad como la anulabilidad son, en uno y otro caso, formas de invalidez del negocio jurídico, la cual, junto con la inexistencia se encuentran, a su vez, comprendidas dentro de la más amplia categoría de ineficacia del mismo.[5]

2. LA INEXISTENCIA DE CONVENIO ARBITRAL

La inexistencia es definida por la Real Academia Española como la falta de existencia y aunque puede pensarse que el significado otorgado es simplista denota claridad en que lo inexistente es incorpóreo, ausente, la nada.

5 *Idem*, p. 117.

Belverde,[6] citado por Morales, señala que «un negocio jurídico —y un contrato por antonomasia— es inexistente si no se hallan sus propios elementos de identificación productos del nombre que lo designa».

Entonces, ¿cuándo no existe un convenio arbitral? Para iniciar este análisis debemos partir de saber qué es considerado un convenio arbitral según nuestras normas. La respuesta a esta interrogante la podemos encontrar en el artículo 13 del Decreto Legislativo n.º 1071 que regula el contenido y la forma del convenio arbitral.

En principio se señala que el convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.

El convenio puede adoptar diferentes formas, puede estar contenido como una cláusula dentro de un contrato, puede ser una cláusula independiente, puede evidenciarse de la ejecución de ciertos actos, cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta por comunicación electrónica, por intercambio electrónico de datos, a través de un correo electrónico, un telegrama, el télex o el telefax, el intercambio de escritos en lo que se indique la existencia de un convenio arbitral que no es negado por la otra parte, así como si en un contrato se hace referencia a un documento que contenga una cláusula de arbitraje siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

Como vemos, independientemente de la forma en que se haya celebrado, nuestra ley exige que conste por escrito, por lo que para evaluar su existencia deberemos tener en consideración este punto.

---

6 MORALES HERVIAS, Rómulo. *Patologías y remedios del contrato*. Lima: Juristas Editores, 2011, p. 193.

De los supuestos contemplados en la norma advertimos que lo importante para concluir la existencia de un convenio arbitral es que exista forma de probar el acuerdo de las partes, sin ese acuerdo, el convenio es inexistente.

3. LA VALIDEZ E INEFICACIA DEL CONVENIO ARBITRAL

El convenio arbitral no solo debe existir, además debe ser válido y eficaz. Por ello, el literal a) del inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje señala que se puede solicitar la anulación del laudo, alegando y probando que el convenio arbitral es nulo, anulable, inválido o ineficaz.

Cuando se analiza un negocio jurídico se debe tener en cuenta que existen tres niveles: su existencia, su validez y su eficacia. Para la materia que nos interesa ya hemos tomado en consideración la existencia, por lo que corresponde iniciar el segundo paso: ¿cuándo un convenio arbitral es válido?

Morales[7] señala que «la validez indica la regularidad del contrato, el contrato válido es aquel que corresponde a las prescripciones legales».

Dentro de los supuestos de invalidez encontramos dos grandes grupos: la nulidad y la anulabilidad. Para analizarlos debemos remitirnos al Código Civil, ya que esta norma establece en sus artículos 219 y 221 cuáles son las causales de cada uno.

El artículo 219 del Código Civil establece como causales de nulidad los siguientes:

1. Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.

---

7 *Idem*, p. 199.

2. Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358.

3. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.

4. Cuando su fin sea ilícito.

5. Cuando adolezca de simulación absoluta.

6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

7. Cuando la ley lo declara nulo.

8. En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.

Por su parte el artículo 221 del Código Civil establece como causales de anulación:

1. Por capacidad de ejercicio restringida de la persona contemplada en los numerales 1 al 8 del artículo 44.

2. Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación.

3. Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero.

4. Cuando la ley lo declara anulable.

De esta manera, para analizar la validez del convenio arbitral debemos considerar los artículos citados.

La validez de un negocio jurídico no siempre supone su eficacia, un negocio jurídico puede ser válido, pero ineficaz, sin embargo, un negocio eficaz siempre es válido. Hasta este punto, llegamos al último supuesto de la primera causal, la ineficacia del convenio arbitral.

Alba señala que «se denomina ineficaz al negocio jurídico, acto jurídico para nuestro legislador, que no surte ningún efecto o no surte los efectos que corresponden a su contenido».[8]

¿Qué sucede si un convenio arbitral es ineficaz? Simplemente, el convenio arbitral que es ineficaz no surtirá el efecto que lo caracteriza, llevar a las partes a la jurisdicción especial del arbitraje para solucionar su conflicto.

El literal a) del inciso 1 del artículo 65 de la Ley establece como consecuencia de la primera causal que la materia que fue objeto de arbitraje del laudo anulado podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes.

La consecuencia indicada resulta completamente natural, considerando que si no existe un acuerdo válido y eficaz para que la controversia se sometiera a arbitraje, entonces no se ha optado por esta jurisdicción especial, debiendo resolverse las controversias por la vía ordinaria en el Poder Judicial.

Sobre esta causal debemos añadir que se exige como requisito de procedencia que haya sido objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y haber sido desestimada, por lo que la parte que es notificada con una solicitud arbitral sustentada en un convenio arbitral que considere inexistente, inválido o ineficaz deberá formular la objeción correspondiente desde el primer momento.

8 ALBA NAVARRO, Esteban. *Op. cit.*, p. 132.

3.1. Notificación de las actuaciones y defensa de las partes

La segunda causal de anulación del laudo contemplada en el literal b) inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje señala que si 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, se puede solicitar la anulación del laudo.

Como se aprecia, el literal b establece 3 supuestos: a) una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro; b) una de las partes no ha sido debidamente notificada de las actuaciones arbitrales; y c) una de las partes no ha podido, por cualquier razón, hacer valer sus derechos.

La jurisdicción arbitral no se encuentra exceptuada de las garantías del debido proceso, pese a su origen privado su desarrollo debe respetar los principios y lineamientos constitucionales, así como las reglas que las partes pacten, siempre y cuando no afecten el orden público.

La doctrina nacional es unánime en considerar que dentro del proceso arbitral se debe respetar el debido proceso, igualmente se encuentran de acuerdo en que este concepto no es el mismo que se le otorgará en un proceso ordinario ante el Poder Judicial.

Así tenemos a Bullard[9] quien refiere que esta causal hace presente a la violación del debido proceso o indefensión, pero el legislador se ha cuidado de no mencionarlo expresamente para que su leguaje sea más flexible y abierto.

La premisa principal de esta causal está en que las partes reciban la información necesaria para hacer efectiva su defensa, pero ello no se reduce a las notificaciones, existen otros supuestos que pueden generar

9 BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Op. cit.*, p. 455.

límites al ejercicio de los derechos de las partes dentro del proceso, por lo que el juzgador deberá evaluar estos, considerando las normas de obligatorio cumplimiento para todos y las normas creadas por las partes para su proceso.

Esta causal requiere que aquel que se vea perjudicado por el incumplimiento de esta regla haga la alegación pertinente, apenas tome conocimiento de ello, lo cual merece el análisis debido ya que uno de los supuestos es la falta de notificación, por lo que refutar un acto que no es conocido no es posible.

El literal b) del inciso 1 del artículo 65 de la Ley de Arbitraje señala como consecuencia de estas infracciones que el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje desde el momento en que se cometió la violación manifiesta del derecho de defensa.

El Decreto de Urgencia n.º 020-2020 ha incluido una consecuencia adicional a esta causal de anulación para los los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, habilitando a que cualquiera de las partes pueda solicitar la sustitución del árbitro que designó, siguiendo las mismas reglas que determinaron su designación o, en su caso, solicitar la recusación del árbitro o árbitros que emitieron el laudo anulado. En dicho supuesto se habilita el plazo para plantear recusación sin admitir norma o pacto en contrario.

3.2. Composición del tribunal arbitral y actuaciones arbitrales

La tercera causal de anulación del laudo se encuentra descrita en el literal c) del inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, la cual señala que el laudo podrá anularse si 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.

El primer supuesto de esta causal hace referencia a que la composición del tribunal arbitral no ha seguido el procedimiento que regulaba esta actuación arbitral, por lo que deberemos partir de considerar la regulación que se haya dispuesto para la elección del tribunal arbitral. El pacto de las partes siempre tendrá el primer lugar en este análisis, ¿ellas han establecido alguna forma de designación? Si este fuera el caso, bastará con cotejar si el procedimiento se ha seguido.

Puede suceder que las partes no hayan realizado ninguna indicación sobre este punto, pero se hayan sometido al reglamento de una institución arbitral que contenga disposiciones para tal fin, en este caso, se deberá observar dicho procedimiento.

Tanto en la forma de composición decidida por las partes como la que se disponga es un reglamento arbitral no deberá existir conflicto con el Decreto Legislativo n.º 1071, y con esto no nos referimos a que se siga la misma fórmula que esta norma contiene para la designación de los tribunales arbitrales, sino a que no contravenga disposiciones que puedan ser susceptibles de modificación, como, por ejemplo, el principio de igualdad.

Finalmente, ante la falta de pacto y de reglamento elegido, deberemos regirnos por lo indicado en el artículo 23 del Decreto Legislativo n.º 1071 que señala el procedimiento para la designación de un árbitro único o de los árbitros que conformarán el tribunal arbitral.

Lo indicado es un ejemplo expreso en la causal de una actuación arbitral muy importante, la composición del tribunal, pero como el proceso arbitral se construye paso a paso, no es la única actuación arbitral de la que dependerá el arbitraje.

Como hemos visto, al analizar la composición del tribunal, cualquier actuación deberá pasar por la evaluación de si se está realizando conforme al pacto de las partes, al reglamento al que se han sometido o, en su defecto, al Decreto Legislativo n.º 1071. En caso no se hayan observado los procedimientos establecidos, la parte perjudicada deberá realizar el reclamo expreso de la vulneración sufrida para alegar esta como causal de nulidad.

El literal c) inciso 1 del artículo 65 de la Ley de Arbitraje señala que si el laudo se anula por esta causal, las partes deberán proceder a un nuevo nombramiento de árbitros o, en su caso, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje en el estado en el que no se observó el acuerdo de las partes, el reglamento o la norma aplicable.

3.3. Materias no sometidas a la decisión del tribunal arbitral

El literal d) del inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje establece como cuarta causal de anulación que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.

Las partes no solo optan por el arbitraje como medio de solución de conflictos, sino que delimitan cuáles controversias se resolverán por esta vía. No todo litigio que surja entre aquellos que han celebrado un convenio arbitral podrá resolverse por arbitraje, incluso puede suceder que conflictos derivados de una misma relación jurídica puedan ser resueltos por arbitraje o ante el Poder Judicial, dependiendo de lo expresamente indicado por las partes en su convenio arbitral.

El tribunal arbitral se encuentra limitado al corsé de la voluntad de las partes, por ello decidir fuera de lo expresamente encargado vulnera el debido proceso al inmiscuirse en una controversia que pertenece a la jurisdicción ordinaria.

Esta causal engloba un segundo escenario, el de incongruencia procesal que no es más que resolver sobre lo no solicitado por ninguna de las partes, es decir, a diferencia del primer caso, la materia sí ha sido encargada como arbitrable en el convenio arbitral, pero no ha sido planteada ante el tribunal dentro del proceso, por lo que se emite un fallo *ultra petita* o *extra petita*, otorgando más de lo que se pide o pronunciándose sobre algo que no se ha pedido o discutido dentro del proceso.

El literal d) inciso 1 del artículo 65 de la Ley de Arbitraje establece como sanción ante esta infracción que el laudo será anulado y la materia no sometida a arbitraje podrá ser objeto de un nuevo arbitraje si estuviera contemplada en el convenio arbitral. En caso contrario, la materia podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes.

La consecuencia prevista para esta causal reconoce los dos escenarios planteados: si la materia fue arbitrable, pero no fue pretendida en este proceso, podrá ser materia de otro proceso arbitral; pero si no fue arbitrable nunca, deberá demandarse judicialmente.

Esta causal solo afectará a las materias no sometidas a arbitraje o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás; en caso contrario, la anulación será total.

3.4. Materias no susceptibles de arbitraje

La quinta causal de anulación del laudo se encuentra contemplada en el literal e) del inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje que señala que el laudo podrá ser anulado si el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.

A diferencia del caso anterior, aquí las partes han celebrado un convenio arbitral en contra de una norma imperativa que limita o prohíbe la arbitrabilidad de la controversia.[10]

Cuando las partes acuerdan someter las controversias de una relación jurídica a arbitraje delimitan las materias que el tribunal podrá resolver; sin embargo, como en todo contrato, el pacto deberá respetar los lineamientos de carácter imperativo que el sistema imponga.

Es la propia ley de arbitraje la que esclarece qué materias son susceptibles de ser sometidas a arbitraje cuando en su artículo 2 señala:

> Artículo 2.- «Materias susceptibles de arbitraje
>
> 1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.
>
> 2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral».

El literal e) inciso 1 del artículo 65 de la Ley de Arbitraje indica que si el laudo, o parte de él, se anula por esta causal, la materia no susceptible de arbitraje podrá ser demandada judicialmente.

Al igual que en la cuarta causal de anulación, esta solo afectará a las materias no sometidas a arbitraje o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás; en caso contrario, la anulación será total, asimismo, esta causal podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.

---

10 *Idem*, p. 458.

3.5. El laudo es contrario al orden público internacional

La sexta causal de anulación del laudo se encuentra contemplada en el literal f) del inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, la cual establece que según las leyes de la república el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje o el laudo sea contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.

La doctrina[11] coincide en que esta causal regula el mismo supuesto del literal e) del inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje solo que respecto del arbitraje internacional, por lo que para analizar esta causal debemos considerar qué se considera arbitrable de acuerdo al orden público internacional.

Para Bullard,[12] el concepto de orden público internacional se refiere a aquella parte del orden público nacional que es relevante para el derecho internacional, es un concepto más restringido que el orden público interno o nacional y puede definirse como aquellos principios que serían exigibles en cualquier país civilizado.

3.6. Laudo dictado fuera del plazo

El literal g) del inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje establece como séptima causal de anulación de laudo que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.

Hasta este punto, el lector puede advertir que el arbitraje toma como punto principal de referencia para su desarrollo a la voluntad de las partes, por lo que si ellas han indicado un plazo para la emisión del laudo,

---

11 *Idem*, p. 460; CASTILLO FREYRE, Mario; SABROSO MINAYA, Rita; CASTRO ZAPATA, Laura y Jhoel CHIPANA CATALÁN. «Las causales de anulación del laudo arbitral en la Ley de Arbitraje del Perú». En *Lumen*, 2014, n.º 10, p. 14.

12 BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Op. cit.*, p. 460.

ya sea en su convenio arbitral, en el acta de instalación u orden procesal de reglas del arbitraje, o dicho plazo se encuentra indicado en el reglamento de arbitraje del centro de arbitraje elegido para que administre su proceso, entonces ese plazo debe ser cumplido.

Podemos decir que se trata de una contravención de lo pactado para las actuaciones arbitrales, como en la causal prevista en el literal c) inciso 1 del artículo 63 de la ley.

Como consecuencia de esta causal, el literal f) inciso 1 del artículo 65 de la Ley de Arbitraje establece que si el laudo se anula por esta causal, se puede iniciar un nuevo arbitraje, salvo que las partes acuerden componer un nuevo tribunal arbitral para que sobre la base de las actuaciones resuelva la controversia o, tratándose de arbitraje nacional, dentro de los quince (15) días siguientes de notificada la resolución que anula el laudo, decidan por acuerdo, que la Corte Superior que conoció del recurso de anulación resuelva en única instancia sobre el fondo de la controversia

3.7. Trámite del recurso de anulación

El artículo 64 de la Ley de Arbitraje establece el proceso que se debe seguir para iniciar el proceso de anulación del laudo.

Recibida la notificación del laudo —o en caso se haya solicitado la rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo, recibida la notificación de la orden procesal que resuelva estas solicitudes—, las partes contarán con un plazo de veinte días hábiles para interponer el recurso de anulación ante la Corte Superior competente.

El recurso de anulación debe contener expresamente indicada la causal o causales en la que se sustenta, así como los medios probatorios que la acrediten. La norma hace expresa referencia sobre este punto, que solo se admitirán medios probatorios de naturaleza documental,

asimismo, las partes deberán adjuntar las copias de las actuaciones arbitrales pertinentes.

De manera excepcional, las partes o la Corte podrán solicitar que el tribunal arbitral remita las copias pertinentes de dichas actuaciones, siempre en copia; adicionalmente, el recurso deberá adjuntar cualquier requisito que haya sido pactado por las partes.

La Corte Superior competente cuenta con un plazo de diez (10) días posteriores a la recepción del recurso para decidir sobre su admisión a trámite, este plazo rige para todos los casos excepto en el previsto en el numeral 4 del artículo 66 de la Ley de Arbitraje en el que previamente deberá cumplirse con el trámite que en él se establece.

Dispuesta la admisión a trámite del recurso de anulación, se dará traslado a la otra parte por el plazo de veinte (20) días para que exponga lo que estime conveniente y ofrezca los medios probatorios correspondientes.

Cuando venza el plazo para la absolución, la Corte Superior competente deberá establecer fecha para vista de la causa dentro de los veinte días siguientes, en la vista de la causa el juez puede decidir de dos formas, en caso exista la posibilidad que el tribunal arbitral realice alguna actividad que elimine la causal de anulación, se dispondrá la suspensión del proceso judicial por un máximo de 6 meses.

De esta norma podemos reiterar que nuestro sistema arbitral está orientado a proteger al proceso arbitral y mantener sus características de celeridad, ya que el sistema judicial evita pronunciarse directamente a fin de dar la oportunidad de sanación del proceso por el mismo.

El segundo camino se adoptará en caso no exista la primera posibilidad, en cuyo caso el Poder Judicial deberá resolver dentro de los veinte días de llevada a cabo la vista de la causa.

Contra lo resuelto por la Corte Superior solo procede recurso de casación ante la Sala Civil de la Corte Suprema cuando el laudo hubiera sido anulado en forma total o parcial.

3.8. Renuncia al recurso de anulación

El inciso 8 del artículo 63 contiene una disposición muy particular, la posibilidad de renunciar al recurso de anulación, pero solo para casos en que ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio, residencia habitual o lugar de actividades principales en territorio peruano.

La norma no solo prevé la posibilidad de se renunciar al recurso de anulación, sino también la de limitar dicho recurso a una o más causales establecidas en el artículo 63.

Asimismo, en caso las partes hayan renunciado al recurso de anulación, pero el laudo se pretende ejecutar en territorio peruano, será de aplicación lo previsto en el título VIII.

4. EL EFECTO NO SUSPENSIVO DEL RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO

El artículo 66 del Decreto Legislativo n.º 1071 establece que sola interposición del recurso de anulación no suspende los efectos del laudo, por lo que puede solicitarse su cumplimiento, así como su ejecución en sede arbitral o judicial.

Para lograr la suspensión de los efectos del laudo, la parte que interpone el recurso de anulación deberá pedirlo expresamente y adjuntar la garantía que hayan acordado las partes o, en su defecto, la que establezca el reglamento aplicable.

En caso no se haya acordado requisito alguno, a pedido de parte, la Corte Superior concederá la suspensión si se constituye fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la otra parte con una vigencia no menor a seis (6) meses renovables por todo el tiempo que dure el trámite del recurso y por una cantidad equivalente al valor de la condena contenida en el laudo.

Si el laudo contiene una condena que en todo o en parte es puramente declarativa o no es valorizable en dinero o si requiere de liquidación o determinación que no sea únicamente una operación matemática, el tribunal arbitral podrá señalar un monto razonable en el laudo para la constitución de la fianza bancaria en las mismas condiciones referidas en el numeral anterior como requisito para disponer la suspensión de la ejecución, salvo acuerdo distinto de las partes.

La parte impugnante podrá solicitar la determinación del monto de la fianza bancaria prevista en el numeral anterior a la Corte Superior que conoce del recurso cuando el tribunal arbitral no lo hubiera determinado. También podrá solicitar su graduación, cuando no estuviere de acuerdo con la determinación efectuada por el tribunal arbitral. La Corte Superior, luego de dar traslado a la otra parte por tres (3) días, fijará el monto definitivo en decisión inimpugnable.

La garantía constituida deberá renovarse antes de su vencimiento mientras se encuentre en trámite el recurso bajo apercibimiento de ejecución del laudo. Para tal efecto, la Corte Superior, a pedido de la parte interesada, de ser el caso, oficiará a las entidades financieras para facilitar la renovación

Si el recurso de anulación es desestimado, la Corte Superior, bajo responsabilidad, entregará la fianza bancaria a la parte vencedora del recurso. En caso contrario, bajo responsabilidad, lo devolverá a la parte que interpuso el recurso.

5. BIBLIOGRAFÍA

ALBA NAVARRO, Esteban. *La anulación del laudo. Primera parte*. Lima: Palestra Editores, Estudio Mario Castillo Freyre, 2011.

ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. «Apuntes sobre la causal de anulación de laudos por materia no arbitrable, y su invocación de oficio». En *Ius Et Veritas*, julio 2015, n.º 50.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Litigio arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva*. Lima: Palestra Editores, 2016.

CASTILLO FREYRE, Mario; SABROSO MINAYA, Rita; CASTRO ZAPATA, Laura y Jhoel CHIPANA CATALÁN. «Las causales de anulación del laudo arbitral en la Ley de Arbitraje del Perú». En *Lumen*, 2014, n.º 10

MORALES HERVIAS, Rómulo. *Patologías y remedios del contrato*. Lima: Juristas Editores, 2011.

EL ARBITRAJE Y LA TRANSICIÓN ENERGÉTICA

Gianna Macchiavello Casabonne [*]

El propósito de este artículo es resaltar la importancia del arbitraje en los cambios vertiginosos que se están dando en el sector de la energía en su tránsito hacia la producción de energías más limpias, con menores emisiones de CO_2 de efecto invernadero, de forma tal que el aumento de temperatura no supere los 2 °C y procurar que no supere 1,5 °C para el año 2100.

Para lograr esta meta, las empresas más grandes de gas y petróleo se han comprometido a lograr cero emisiones netas al año 2050, lo que representa un gran desafío en el que el arbitraje jugará un rol importante, como analizaremos a continuación.

Como sabemos, los combustibles fósiles son una de las principales causas de emisiones de CO_2 con efecto invernadero, por lo que los estados y las empresas están tomando acciones para lograr reducir tales emisiones.

La preocupación por el cambio climático se ha traducido en consensos internacionales para reducir las emisiones de CO_2 con efecto invernadero. Si bien hace muchos años se viene alertando sobre el cambio climático, en los últimos años la urgencia de cumplir metas concretas se

[*] Arbitra independiente. Abogada con Maestría en Administración Pública y cursos de postgrado en Arbitraje y Mediación. Ha sido responsable de los Servicios Jurídicos de Repsol en el Perú por casi 14 años, hasta el 2021. Es profesora universitaria y ha sido abogada en estudios de prestigio, así como en el Ministerio de Economía y Finanzas y en el Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Fue Viceministra de Justicia. Es miembro del Capítulo peruano de arbitraje de la ICC y del Consejo Consultivo del Instituto Peruano de Arbitraje-IPA.

ha tornado crítica, pues de otro modo no se logrará reducir las emisiones de CO_2 al nivel necesario para lograr evitar los enormes riesgos para la vida que se podrían producir por el incremento de la temperatura en más de 2 °C.

La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 1994, en adelante la Convención de las NN. UU., reconoce por primera vez en un tratado internacional la existencia del problema, y en su artículo 2 señala que su objeto es lograr «[…] la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático. Ese nivel debería lograrse en un plazo suficiente para permitir que los ecosistemas se adapten naturalmente al cambio climático, asegurar que la producción de alimentos no se vea amenazada y permitir que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible […]».[1] Actualmente hay 197 países signatarios. Posteriormente, el Protocolo de Kioto, que entró en vigencia en el 2005, busca implementar la Convención de las NN. UU. comprometiendo 37 países industrializados, economías en transición y a la Unión Europea a realizar acciones concretas, reconociendo que tienen mayor responsabilidad en las emisiones de gases con efecto invernadero.[2] A lo largo de los años se han logrado otros acuerdos internacionales conforme se fue contando con mayor base científica sobre la problemática del cambio climático.

El Acuerdo de París,[3] que entró en vigor en el 2016, marca un hito ya que determina responsabilidades, jurídicamente vinculantes, para cada país signatario a fin de que elaboren planes de acción y determinen

1 NACIONES UNIDAS. *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*. 1992. Recuperado de <https://unfccc.int/files/essential_background/background_publications_htmlpdf/application/pdf/convsp.pdf>.

2 UNITED NATIONS CLIMATE CHANGE. *What is the Kyoto Protocol?* Recuperado de <https://unfccc.int/kyoto_protocol>.

3 NACIONES UNIDAS. *Acuerdo de París*. Recuperado de <https://unfccc.int/sites/default/files/spanish_paris_agreement.pdf>.

su contribución a la reducción de las emisiones de gases con efecto invernadero.

En el 2018, la Comisión de Arbitraje y Mecanismos Alternativos —ADR— de la Cámara de Comercio Internacional - ICC, creó un *task force* (TF), que tuve el honor de integrar junto con abogados, árbitros, instituciones arbitrales, representantes de la industria, representantes de ONG y académicos de diversos países, para analizar la resolución de disputas derivadas de políticas contra el cambio climático a través del arbitraje y de los mecanismos alternativos.

El TF tuvo por objetivo explorar cómo los servicios del Centro de Arbitraje y ADR de la ICC podrían servir para resolver controversias relativas al cambio climático y controversias asociadas a la energía y al medio ambiente. El reporte del TF[4] (en adelante, el reporte) se presentó en noviembre de 2019. En dicho documento se adoptó una acepción amplia de las disputas que podrían generarse debido a la transición energética. Es así que el reporte entiende por disputas relacionadas al cambio climático tanto a las comerciales como a las controversias inversionista- Estado, con una génesis en la Convención de las NN. UU. y/o el Acuerdo de París.

Como se puede apreciar, los acuerdos internacionales sobre el cambio climático están teniendo un fuerte impacto en la producción de combustibles y de electricidad, no obstante lo cual, y según lo señalado por la Agencia Internacional de la Energía - AIE, al ritmo actual de consumo de combustibles fósiles será imposible lograr los objetivos del Acuerdo de París. El informe de la AIE sobre inversiones en el sector energía, publicado en junio de 2021,[5] indica que «La inversión en energías limpias

4 INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR*. Noviembre 2019. Recuperado de <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2019/11/icc-arbitration-adr-commission-report-on-resolving-climate-change-related-disputes-english-version.pdf>.

5 INTERNATIONAL ENERGY AGENCY (IEA). *World Energy Investment 2021. Flagship report - June 2021*. Recuperado de <https://www.iea.org/reports/world-energy-investment-2021>.

repunta moderadamente, pero sigue estando muy por debajo de lo que se requerirá para evitar los impactos severos del cambio climático. En concreto, la inversión en estas tecnologías se espera alcance 750 000 millones de dólares, pero tendría que duplicarse en la década de los 2020 para limitar el aumento global de la temperatura a 2 ºC y, más que triplicarse, para limitarlo a 1,5 ºC».

Para Latinoamérica, una región de países en desarrollo que alberga poblaciones de bajos ingresos que aún no cuentan con electricidad, el reto es proveerles de la energía necesaria de una manera sostenible, por lo que los países industrializados, responsables de las mayores emisiones de CO_2, han comprometido fondos para solventar proyectos de energía limpia en esa región. Mientras los países de altos ingresos están preocupados por reducir emisiones, los países de bajos ingresos están más preocupados por crecer y satisfacer la necesidad de energía de sus pobladores. Por lo tanto, enfrentaran el reto de crecer, usando nueva tecnología y fuentes renovables de energía, como el sol, el viento y el agua, abundantes en esta región, para lograr la sostenibilidad.

Además de los consensos internacionales, existe un activismo creciente de organizaciones que luchan contra el cambio climático. El 26 de mayo del 2021 se produjeron dos sucesos que marcaron un antes y un después en la industria de los hidrocarburos y que son una muestra la impaciencia de los *stakeholders* para que las empresas respondan de manera más agresiva y urgente con acciones decisivas para reducir las emisiones de CO_2.

De un lado, en una Junta Anual de Accionistas de Exxon Mobil, la empresa más grande del sector petrolero en Estados Unidos, un grupo de activistas logró el apoyo necesario para elegir tres miembros del directorio, compuesto por un total de doce miembros, con el mandato expreso de apoyar iniciativas más agresivas para reducir emisiones.

De otro lado, en la misma fecha, se publicó la sentencia de primera instancia de un Juzgado de Holanda contra Shell, una de las empresas más importantes del sector petróleo, en la que se le ordenó la reducción del 45 % sus emisiones de CO_2 para el 2030 con respecto a sus emisiones del 2019, es decir, más pronto de lo que la compañía tenía previsto.[6] La Corte motivó su decisión en las serias amenazas y riesgos para los derechos fundamentales de los habitantes de su jurisdicción y considera que, por tal motivo, las empresas pueden ser requeridas a adoptar medidas drásticas y hacer sacrificios financieros para limitar las emisiones de CO_2 en prevención del peligroso cambio climático. No obstante que Shell ha apelado esta sentencia, la misma marca un hito al considerar que si bien los Estados tienen la responsabilidad de regular la actividad de las empresas en la industria, esto no exime a las compañías de asumir su responsabilidad en lograr la reducción de emisiones de CO_2 en su actividad y a través de la influencia que ejercen sobre sus proveedores y sobre los patrones de consumo de sus clientes, tomando las acciones necesarias para lograr las metas de reducción de emisiones establecidas.

Esto ha tenido impacto en toda la industria, pues ahora los tomadores de decisión en las empresas del sector analizan con estas consideraciones los nuevos proyectos en energía.

Según la AIE,[7] hasta ahora el gasto de capital en energías limpias ha sido una parte menor de la inversión total de las empresas, pero está cambiando rápidamente a medida que las empresas, sobre todo *majors* en Europa, buscan aumentar la inversión en energías limpias. El citado reporte de la AIE indica que en energías limpias la inversión podría aumentar a más del 4 %, desde el 1 % en 2021. Sin embargo, reportes del sector citando información de la agencia Bloomberg indican que en

6 Disponible en <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339>.

7 INTERNATIONAL ENERGY AGENCY (IEA). *Op. cit.*

el primer semestre del 2021, el incremento de la inversión en energías renovables ha sido de solo 1,8 % con respecto al año anterior .

Estos cambios estratégicos están destinados a crecer en un contexto de presión de los *stakeholders* y de creciente movilidad eléctrica. Los cambios en los patrones de consumo irán cambiando y los proyectos de economía circular son cada vez más numerosos. Vemos, pues, que las empresas se están viendo forzadas a tomar acciones concretas en el corto plazo para alcanzar metas concretas al 2030 que aseguren el cumplimiento de los compromisos al 2050.

Estas acciones implican nuevas relaciones comerciales, nueva regulación y mucho escrutinio público. En este escenario es que el arbitraje resultará crucial como medio para contribuir a la solución de las controversias que puedan presentarse en las nuevas relaciones comerciales o de inversión que se vienen generando, por los siguientes motivos:

1. Estadísticamente, de acuerdo con el informe de encuestas de la Conferencia Latinoamericana de Arbitraje - CLA[8] y el reporte del TF,[9] los sectores que con mayor frecuencia pactan el arbitraje como medio para resolver disputas son la construcción y la energía, rubros en los que la especialización en la materia es relevante y que están muy ligados a las disputas que podrían producirse debido a los proyectos para reducir emisiones de CO_2. Esta tendencia se confirma en el Reporte estadístico de la ICC para el 2020, que indica que las controversias derivadas de construcción e ingeniería, así como las derivadas de temas energéticos, que se iniciaron en el 2020 ante dicha institución

8 CONFERENCIA LATINOAMERICANA DE ARBITRAJE (CLA). *Arbitraje en América Latina. Informe 2020 sobre encuestas*. Recuperado de <http://www.clarbitraje.com/v2/wp-content/uploads/2020/12/Informe-CLA.pdf>.

9 INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *Op. cit.*

arbitral, comprenden aproximadamente el 38 % del total de casos que administran.[10]

2. Frecuentemente se trata de controversias comerciales internacionales en las que un fuero neutro es necesario, o de controversias Inversionista-Estado, en las que igualmente se busca un foro neutral.

3. La flexibilidad y la celeridad del arbitraje son necesarias en un contexto de cambios muy rápidos que requieren de respuesta oportuna debido a la urgencia de las acciones que las empresas deben adoptar para adaptar sus operaciones a los requerimientos derivados de los compromisos asumidos por los Estados y las empresas, en la lucha contra el cambio climático. En lo que respecta a la flexibilidad, es crucial que el tribunal arbitral entienda las necesidades y expectativas de las partes antes de definir el calendario procesal a fin de asegurarse que este refleje las necesidades particulares de cada caso. No debería estandarizarse el procedimiento para todas las controversias, sino que debe adaptarse para atender a las particularidades de cada controversia. En lo que respecta a la celeridad, hay tareas pendientes para mejorar la efectividad de la respuesta del arbitraje, especialmente tratándose de las derivadas de la transición energética, ya que de acuerdo con el Reporte Estadístico de la ICC para el 2020, antes citado, el tiempo promedio de los arbitrajes que concluyeron con un laudo en el año 2020 fue veintiséis meses, lo que afectaría la celeridad requerida para que las controversias relativas al cambio climático no supongan la paralización de proyectos necesarios para alcanzar las metas comprometidas.

---

10 INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *ICC Dispute Resolution 2020 Statistics*. 2021. Recuperado de <https://file-eu.clickdimensions.com/iccwboorg-avxnt/files/2020statistics_icc_disputeresolution_895.pdf?m=7/28/2021%201:51:20%20PM&_cldee=Z21tbWFjY2>.

Si bien, como se ha dicho, el arbitraje resulta por sus características un medio idóneo para resolver las controversias que la transición energética pueda generar, hay que tener en cuenta que para que el arbitraje pueda ser usado como mecanismo de resolución de conflictos deben confluir al menos dos condiciones: a) que las partes hayan pactado el arbitraje en los contratos que le den origen, o que haya sometimiento al arbitraje luego de surgida la controversia (*submission agreement*); y, b) que se trate de materias arbitrables de acuerdo a la ley aplicable.

En primer término, procuraremos identificar el tipo de contratos que podrían darse en este contexto de transición hacia energías renovables:

a) Desinversión de proyectos contaminantes. Teniendo en cuenta que las grandes empresas de gas y petróleo se han comprometido a tener cero emisiones netas de CO_2 con efecto invernadero para el 2050, se vienen produciendo desinversiones en proyectos contaminantes. Este podría ser el caso de Shell, por ejemplo, al verse compelida a acelerar los cambios en sus operaciones de acuerdo con lo ordenado en la resolución del 26 de mayo de 2021, a la que nos hemos referido. La empresa ha anunciado públicamente que acelerará las acciones en pro de la lucha contra el cambio climático.

   Si bien es cierto que las grandes empresas están muy compelidas a mostrar avances para llegar a los objetivos, también es cierto que, desde el lado del consumo, los cambios no son inmediatos y que la energía producida por combustibles fósiles sigue siendo necesaria y que hay empresas más pequeñas, ajenas al escrutinio público o empresas estatales (*national oil companies* - NOC), que están interesadas en comprar los activos que las grandes empresas necesitan sacar de sus portafolios para cumplir con sus compromisos.

Nueve de las diez economías más grandes del mundo se han comprometido con la meta de cero emisiones netas al 2050, sin embargo, hay países productores de petróleo, aislados de los conservacionistas y de los inversores, que no transparentan información sobre sus emisiones y están tomando activos dejados por las empresas internacionales. Esto está dando lugar a numerosos contratos de compraventa de activos cuyas controversias, por el tipo de materia y por tratarse de contratos entre sujetos de diversos países, es frecuente que estén sometidas al arbitraje. Cabe resaltar que la venta de activos contaminantes no contribuye realmente a lograr la reducción de emisiones, pues únicamente se cambian de manos y la producción continúa, pero es la forma más rápida con que las grandes empresas de petróleo y gas responden al escrutinio público para mostrar mejores indicadores.

b) Inversiones necesarias para cambiar las fuentes de energía a energías renovables o de menores emisiones. Varias refinerías han comenzado a adaptarse para una nueva era caracterizada por cambios estructurales en la demanda de combustibles. Esto implica contratos de servicios y construcción especializados. Por ejemplo, unos 345 mil barriles por día (kb/d) de capacidad de refino ya se han convertido en biorrefinerías y hay planes para 840 kb/d más.[11]

c) Proyectos de construcción de energía renovable, como energía eólica, biocombustibles, hidrógeno y otros. Las nuevas formas de energía limpia requieren de una red de contratos que pueden ir desde la ingeniería conceptual con alto componente técnico, contratos de financiamiento, contratos asociativos, contratos de construcción hasta contratos de operación, entre otros. Se trata de proyectos complejos con muchos actores. Los conflictos que se presenten podrían requerir de peritos técnicos y árbitros que

11 INTERNATIONAL ENERGY AGENCY (IEA). *Op. cit.*

contribuyan con soluciones que permitan avanzar con los proyectos sin demora.

d) Contratos de financiamiento. Los proyectos para la construcción de fuentes de energías renovables requieren de inversiones cuantiosas que bien podrían requerir e involucrar diversos socios y entidades financieras. El Acuerdo de París, por ejemplo, contiene compromisos de financiamiento de los países más desarrollados para proyectos de energías más limpias en países en desarrollo. Las estrategias de transición de las empresas de petróleo y gas han abarcado desde la financiación de proyectos, las fusiones y adquisiciones, hasta el capital de riesgo y el gasto en I+D. La transformación energética requiere de muchos recursos económicos en un contexto en que las empresas de gas y petróleo han debido hacer fuertes provisiones por la desvalorización de activos que ya no podrán explotar; han reducido sus dividendos por la disminución de la demanda durante la pandemia de la COVID-19, en que buena parte del planeta dejo de movilizarse. Con el impacto de estas provisiones en sus estados financieros y menor liquidez, es más difícil y a la vez crítico contar con fuentes de financiamiento para nuevos proyectos de energía con menores emisiones. El financiamiento podría provenir de diversas fuentes como estados, bancos de desarrollo, fondos multilaterales, fundaciones, agencias de cooperación internacional e instituciones financieras.[12] Siendo esto así, podemos decir que el financiamiento podría ser local, nacional o trasnacional, y que de estas relaciones podrían surgir controversias relacionadas al incumplimiento de las condiciones para los desembolsos o desacuerdos de cómo deben gastarse los fondos, entre otros temas. De otro lado, los bancos y las administradoras de fondos están enfrentando mucha presión

12 ALTENKIRCH, Markus y Brigitta JOHN. «Climate Finance and Arbitration». En *Baker McKenzie Global Arbitration - News*. 7 de junio de 2021. Recuperado de <https://globalarbitrationnews.com/climate-finance-and-arbitration/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=GAN+Newsletter>.

para que calculen y reduzcan la emisión de CO_2 en sus portafolios. El mercado de capitales se está transformando para favorecer el financiamiento de energías con menores emisiones. Los contratos de financiamiento y de seguros son relaciones comerciales en las que el arbitraje es usado con frecuencia ya que, generalmente, las partes provienen de distintas jurisdicciones.

e) Demandas de accionistas contra las empresas. Hay un creciente activismo en la industria para forzar a que las empresas revelen sus riesgos frente a los objetivos del acuerdo de París, y va dando frutos como en el caso de Exxon Mobil. El tiempo corre y se exige mayor transparencia, sobre todo en las empresas que cotizan en el mercado de valores, lo que podría dar lugar a controversias entre accionistas y las empresas para conocer a mayor profundidad qué riesgos de incumplimiento existirían y el impacto de estos en los estados financieros de las empresas.

f) Cambios de regulación que impongan nuevos costos a los inversionistas. Los Estados vinculados por los planes de acción comprometidos en el Acuerdo París están adoptando nuevas regulaciones que exigen a las empresas medidas de adaptación y mitigación que requerirán de inversiones cuya rentabilidad económica podría implicar el rompimiento del equilibrio económico en los contratos de inversión, ocasionando que las empresas exijan compensaciones del Estado para solventar las medidas de adaptación a las nuevas regulaciones a través de controversias inversionista-Estado en donde, generalmente, el arbitraje de inversión es la forma de resolverlas.

g) Nuevos estándares de responsabilidad social corporativa aplicables a inversionistas, empresas financieras y de seguros, y agencias de riesgo. Las empresas líderes en la industria vienen ejerciendo su influencia en toda la cadena de valor, elevando estándares en

> materia medioambiental. Asimismo, las empresas vienen promoviendo y financiando proyectos de reforestación para contrarrestar las emisiones con efecto invernadero. Estas nuevas condiciones podrían llevar a disputas relacionadas a los mayores costos en las operaciones.

A continuación, pasaremos a analizar la arbitrabilidad de las materias que abarcarían los contratos antes descritos. La arbitrabilidad se refiere a las materias susceptibles de arbitraje, es decir, a determinar si una controversia puede o no resolverse mediante arbitraje o si debería resolverla la jurisdicción ordinaria, es decir, un juez o corte nacional.

Esto dependerá de la ley aplicable que rija el contrato que dé origen a la controversia. Por lo tanto, la situación podría variar de un país a otro. Como ejemplo, podemos citar la Ley de Arbitraje del Perú (Decreto Legislativo n.° 1071) que dispone en su artículo 2 inciso 1 que «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».

En los tipos de contratos a que nos hemos referido líneas arriba, será necesario analizar en cada caso el alcance de la cláusula arbitral y luego analizar si, de acuerdo con la ley aplicable (*lex arbitri*), la materia es arbitrable o no.

Es preciso resaltar que las acciones legales derivadas de temas medioambientales han sido en, muchos casos y desde hace años, sobre materias que no son de libre disposición, como indica la Ley de Arbitraje del Perú, sino, más bien, de orden público, como sería la invocación de afectaciones al medioambiente o a los derechos humanos.

Es así que la transición energética puede dar lugar a distintos tipos de disputas que podrían dividirse en dos grandes categorías: a) acciones contra el gobierno o autoridades, por materias de derecho público; y b)

acciones de derecho privado, de derecho civil, corporativo, daños, etc., derivadas de contratos de inversión, de construcción, financiamiento, entre otros.

Entre las acciones de derecho público más emblemáticas está el caso de la Fundación Urgenda vs. Holanda del 2018, en la que la Corte confirmó la sentencia de primera instancia y declaró fundada la acción contra el Gobierno, considerando que este tenía la obligación de proteger a sus ciudadanos contra el cambio climático, y ordenó que el Gobierno tomara acciones más ambiciosas para lograr reducir emisiones en al menos 25 % al 2020.

Este caso marcó un hito y casos similares le han seguido en diversos países, requiriendo a los Estados o a los entes reguladores para que cumplan con los compromisos asumidos en tratados internacionales contra el cambio climático. Asimismo, ha habido acciones contra gobiernos locales contra el otorgamiento de permisos administrativos y licencias para el desarrollo de infraestructura, como, por ejemplo, ductos de gas.

Entonces, si bien hay procesos relacionados con el cambio climático que se verán en cortes nacionales por ser de orden público, las diversas relaciones que se vienen dando en la transición energética están generando nuevos contratos, los cuales potencialmente generarán controversias en materias en que el arbitraje no solo es muy frecuente, sino que puede aportar al logro de las metas de reducción de emisiones, al solucionar las controversias de manera eficaz.

Para asegurar la calidad y la oportunidad del laudo, el reporte del TF, lista los siguientes seis aspectos relevantes:

1. Asegurar la especialización necesaria, ya sea científica o técnica para asegurar que las decisiones reflejen un conocimiento sólido y actualizado. A este respecto, el tribunal arbitral debe contar con

peritos y expertos técnicos que puedan ilustrarlo sobre las nuevas tecnologías o aspectos medioambientales.

2. Debe utilizarse un procedimiento abreviado y efectivo compatible con la complejidad, urgencia y sensibilidad del caso, para tener una respuesta colaborativa con la lucha contra el cambio climático.

3. Evaluar los posibles beneficios de mayores medidas de transparencia en arbitrajes que si bien son controversias entre partes privadas, sus resultados tengan incidencia en proyectos de energía que sean de interés para stakeholders de las mismas.

4. Las instituciones arbitrales podrían explorar la posibilidad de integrar compromisos o políticas respecto del cambio climático en las normas procedimentales del arbitraje.

5. Asimismo, podrían considerarse opciones para el involucramiento de terceras partes afectadas.

6. Deberían tenerse en cuenta los costos y la distribución de estos, para asegurar que los stakeholders puedan participar en el proceso arbitral, de resultar necesaria o conveniente su participación.

Adicionalmente a estas consideraciones, queremos enfatizar la necesidad de lograr mayor diversidad en los tribunales arbitrales y de expandir la comunidad arbitral con profesionales jóvenes y mujeres, por ejemplo, para ofrecer a las partes una selección mayor de árbitros, logrando mayor competencia y efectividad teniendo a las partes como centro. Asimismo, es preciso que la tecnología en el arbitraje sea aprovechada. No nos referimos únicamente a la digitalización de los procesos o a la posibilidad de audiencias remotas que se han venido utilizando durante la pandemia, sino también a la eventual utilización de inteligencia artificial que contribuya a lograr mejores decisiones en los laudos.

En síntesis, todos los involucrados en el proceso arbitral (instituciones arbitrales, las partes y sus abogados internos y externos y los árbitros) debemos unir esfuerzos para lograr mayor predictibilidad, transparencia y eficiencia, pues la siguiente década será un periodo crítico para asegurar una recuperación sostenible y construir las bases para sistemas de energía sostenibles. La confianza en el arbitraje para resolver los conflictos que se presenten es clave.

El continuar trabajando, como vienen haciendo diversas instituciones arbitrales de referencia, en procedimientos más agiles con el uso de herramientas tecnológicas y procedimientos abreviados, abona en este sentido.

Los operadores del derecho, tanto árbitros, abogados e instituciones arbitrales, debemos tomar conciencia de la trascendencia de nuestro rol en contribuir con la construcción de un mundo más sostenible. Iniciativas como The Green Pledge,[13] que busca reducir la huella de carbono en los procesos arbitrales, a través de prácticas que impliquen menos desplazamientos, en reemplazo de tantas sesiones presenciales y viajes, y con más videoconferencias y digitalización de documentos en vez de impresiones en papel, contribuye efectivamente a lograr los objetivos de sostenibilidad de nuestro planeta.

Referencias

ALTENKIRCH, Markus y Brigitta JOHN. «Climate Finance and Arbitration». En *Baker McKenzie Global Arbitration - News*. 7 de junio de 2021. Recuperado de <https://globalarbitrationnews.com/climate-finance-and-arbitration/?utm_source=mailpoet&utm_medium=email&utm_campaign=GAN+Newsletter>.

13 CAMPAIGN FOR GREENER ARBITRATIONS. *The Green Pledge*. Recuperado de <https://www.greenerarbitrations.com/greenpledge>.

CAMPAIGN FOR GREENER ARBITRATIONS. *The Green Pledge*. Recuperado de <https://www.greenerarbitrations.com/greenpledge>.

CONFERENCIA LATINOAMERICANA DE ARBITRAJE (CLA). *Arbitraje en América Latina. Informe 2020 sobre encuestas*. Recuperado de <http://www.clarbitraje.com/v2/wp-content/uploads/2020/12/Informe-CLA.pdf>.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). *Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR*. Noviembre 2019. Recuperado de <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2019/11/icc-arbitration-adr-commission-report-on-resolving-climate-change-related-disputes-english-version.pdf>.

INTERNATIONAL ENERGY AGENCY (IEA). *World Energy Investment 2021. Flagship report - June 2021*. Recuperado de <https://www.iea.org/reports/world-energy-investment-2021>.

NACIONES UNIDAS. *Acuerdo de París*. Recuperado de <https://unfccc.int/sites/default/files/spanish_paris_agreement.pdf>

NACIONES UNIDAS. *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*. 1992. Recuperado de <https://unfccc.int/files/essential_background/background_publications_htmlpdf/application/pdf/convsp.pdf>.

UNITED NATIONS CLIMATE CHANGE. *What is the Kyoto Protocol?* Recuperado de <https://unfccc.int/kyoto_protocol>.

APROXIMACIÓN A LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA SUSTITUCIÓN O RECUSACIÓN DE LOS ÁRBITROS CUYO LAUDO HA SIDO ANULADO. A PROPÓSITO DE LA VIGENCIA DEL DECRETO DE URGENCIA N.º 020-2020

Gina Vargas Herrera *

Sumario: 1. Introducción.— 2. ¿Se justifica el reemplazo de un árbitro cuyo laudo ha sido anulado?— 3. De la sustitución de los árbitros producto de la anulación de un laudo en virtud de lo regulado en el Decreto de Urgencia n.º 020-2020.— 3.1. Bondades y limitaciones en el marco de la legislación especial vigente.— 3.2. Procedimiento de sustitución.— 3.2.1. Plazos.— 3.2.2. Órgano competente.— 3.2.3. Oportunidad en que debe solicitarse.— 3.2.4. Aplicación en el tiempo.— 4. De la recusación de los árbitros producto de la anulación de un laudo en virtud de lo regulado en el Decreto de Urgencia n.º 020-2020.— 4.1. Bondades y limitaciones en el marco de la legislación especial vigente.— 4.2. Procedimiento de recusación.— 4.2.1. Plazos.— 4.2.2. Órgano competente.— 4.2.3. Oportunidad en que debe solicitarse.— 4.2.4. Aplicación en el tiempo.— 5. Sobre la conveniencia de optar entre la sustitución o la recusación del árbitro producto de la anulación de su laudo.— 6. Conclusiones.— 7. Bibliografía.

* Abogada por la Universidad de San Martín de Porres. Magíster en Mediación, Negociación y Resolución de Conflictos por la Universidad Carlos III de Madrid (España) y magíster en Derecho de Contratación Pública por la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Doctoranda del Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con estudios de posgrado en arbitraje, derecho administrativo y contrataciones del Estado en diversas universidades del país. Conciliadora extrajudicial. Se destaca por su experiencia profesional en procesos arbitrales en los que participa el Estado.

1. INTRODUCCIÓN

Me gustaría empezar con un comentario de Julio Wond Abad,[1] quien con acierto indicó en su ponencia del Sexto Congreso Internacional de Arbitraje - 2012, organizado por el CARC-PUCP, que: «Así como en el Poder Judicial no podemos tapar el sol con un dedo, me parece que tampoco en el arbitraje debería hacerse eso. Luchamos contra los malos elementos que tenemos en el Poder Judicial. Estamos favoreciendo lo que todos queremos; una tutela adecuada, y el arbitraje es tutela adecuada para muchísimas situaciones, muy importantes situaciones, muy especializadas situaciones […]».

En la lucha contra los malos elementos, sin duda, los buenos se unirán. En un reciente congreso llevado a cabo el año pasado, Gustavo De Vinatea[2] comentó en su ponencia sobre el laudo algunos datos estadísticos relevantes con relación a la anulación en la Corte Comercial de Lima, indicando:

> El primer dato es que en el año 2019 se presentaron 92 recursos de anulación, de los cuales, 19 fueron declarados fundados. Es decir, un 21 % de recursos de anulación fueron declarados fundados. El año 2017 esta cifra era del 18 %. Es decir, de un total de 117 recursos, 21 fueron declarados fundados, anulando los respectivos laudos.

Al respecto, es evidente que ha habido un incremento en el número de laudos anulados del 2017 al 2019. No es el objeto del presente artículo pronunciarnos sobre si procedían o no dichas anulaciones, sino la sola evidencia numérica de que se viene desarrollando en la práctica una

---

1 WONG ABAD, Julio Martín. «Laudos parciales y recurso de anulación». En *Actas del Sexto Congreso Internacional de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú - 2012*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2012.

2 DE VINATEA BELLATÍN, Gustavo. «Del laudo». En *Actas del I Congreso Virtual de Arbitraje, Abastecimiento y Construcción de la Asociación Zambrano*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2020.

creciente recurrencia al Poder Judicial para revisar la validez del laudo que expiden los árbitros y que al menos, en un porcentaje importante, el pedido de anulación estaría siendo acogido.

¿Esto es preocupante? Sí, lo es. No solo por el hecho mismo de la anulación a cargo del Poder Judicial, sino también porque, en síntesis, la recurrencia en anulación, pese a ser de carácter excepcional, se estaría haciendo más habitual en el arbitraje, es decir, habría la necesidad del ejercicio de control a cargo de los jueces.

En ese contexto, el 24 de enero de 2020 se publicó en el diario oficial *El Peruano*, el Decreto de Urgencia n.º 020-2020, que modificó la Ley de Arbitraje - Decreto Legislativo n.º 1071, en cuyos considerandos se advierte:

> Que, resulta urgente y necesaria la modificación del marco normativo vigente, en los procesos arbitrales en los que interviene como parte el Estado peruano a fin de fortalecer la institución del arbitraje y evitar la proliferación de casos en los que las malas prácticas resten eficacia al arbitraje y causen graves perjuicios al Estado peruano.

Así fue como se modificó el literal b) del numeral 1 del artículo 65 de la Ley de Arbitraje - Decreto Legislativo n.º 1071, con el objeto de habilitar la sustitución o recusación de los árbitros producto de la anulación de sus laudos; esto último, de lo que nos ocuparemos en los siguientes ítems.

2. ¿SE JUSTIFICA EL REEMPLAZO DE UN ÁRBITRO CUYO LAUDO HA SIDO ANULADO?

Al respecto, me parece importante citar como antesala lo que se habría indicado en la exposición de motivos, para modificar el literal b) del numeral 1 del artículo 65 de la Ley de Arbitraje - Decreto Legislativo n.º 1071, modificado por el Decreto de Urgencia n.º 020-2020:

> Al respecto, se propone que, en los arbitrajes en los que el Estado peruano es parte, cuando un laudo sea anulado, la entidad pública afectada pueda (i) solicitar la sustitución del árbitro que designó y cuya decisión provocó la afectación; o, (ii) recuse al árbitro o árbitros que emitieron el laudo anulado.
>
> De este modo, se busca evitar que, una vez anulado un laudo, sean los mismos árbitros que lo dictaron quienes retomen las actuaciones y lauden, muy probablemente, de la misma forma en la que ya lo hicieron previamente. Esto se debería en gran medida a la tendencia que tienen los árbitros de no contrariar sus propias decisiones.

Ahora bien, el reemplazo de un árbitro, ya sea por sustitución o recusación, producto de la anulación conseguida en sede judicial, en determinados supuestos podría ser la única solución frente a un resultado arbitrario y, eventualmente, parcializado con condenas millonarias. En esos casos, pensar que la modificación normativa podría ser más un problema que una solución, se debilita.

Sin embargo, cuáles podrían ser los supuestos en que esta modificación normativa podría generar problemas. A saber, en los casos en que la anulación de laudo pudiera no tener mérito; esto último que se agravaría con la habilitación de sustitución y/o recusación que prevé la actual normativa. Igualmente, y como veremos más adelante, aún en estos supuestos, existen garantías de cautela para limitar un eventual ejercicio abusivo.

Nótese que la norma bajo comento tiene poco más de un año de vigencia y su implementación se ha dado en medio de la crisis sanitaria que produjo la paralización de los arbitrajes y procesos judiciales, entre ellos la anulación de laudo; motivo por el cual, la evidencia de su aplicación práctica es aún prematura.

En ese sentido, en el desarrollo del presente artículo se abordará una aproximación a la aplicación práctica de los supuestos de sustitución y

recusación como consecuencia de la anulación de un laudo, atendiendo a la modificación instaurada por el Decreto de Urgencia n.º 020-2020; esperando que sea un estímulo para que las instituciones arbitrales del país regulen los aspectos más relevantes del alcance del literal b) del numeral 1 del artículo 65 de la Ley de Arbitraje.

3. DE LA SUSTITUCIÓN DE LOS ÁRBITROS PRODUCTO DE LA ANULACIÓN DE UN LAUDO EN VIRTUD DE LO REGULADO EN EL DECRETO DE URGENCIA N.º 020-2020

3.1. Bondades y limitaciones en el marco de la legislación especial vigente

La figura del árbitro sustituto de acuerdo con lo previsto en el artículo 31[3] del Decreto Legislativo n.º 1071, que no ha sido modificado por el Decreto de Urgencia n.º 020-2020, implica la vacancia del árbitro y el nombramiento de un nuevo integrante del tribunal arbitral y/o del árbitro único, para lo cual, conforme a lo previsto en dicho dispositivo legal, se activa el procedimiento inicialmente previsto de designación que dio lugar al nombramiento del árbitro sustituido.

La sustitución del árbitro, entonces, se produce como consecuencia de la salida o sustracción del árbitro, ya sea de forma voluntaria o forzada. Por ejemplo, surge la necesidad de la sustitución de un árbitro cuando se produce alguno de los siguientes supuestos: renuncia, remo-

[3] Artículo 31.- «Árbitro sustituto
Salvo disposición distinta de este Decreto Legislativo, a falta de acuerdo entre las partes se sigue el procedimiento inicialmente previsto para el nombramiento del árbitro sustituido.
Producida la vacancia de un árbitro, se suspenderán las actuaciones arbitrales hasta que se nombre un árbitro sustituto, salvo que las partes decidan continuar con el arbitraje con los árbitros restantes, atendiendo a las circunstancias del caso.
Una vez reconstituido el tribunal arbitral, las actuaciones arbitrales continuarán desde el punto a que se había llegado en el momento en que se suspendieron las actuaciones. Sin embargo, en caso de sustitución de un árbitro único o del presidente del tribunal arbitral, estos deciden a su entera discreción, si es necesario repetir todas o algunas de las actuaciones anteriores. En caso de sustitución de cualquier otro árbitro, decide el tribunal arbitral».

ción, recusación fundada, enfermedad grave, fallecimiento y hoy, conforme a lo dispuesto en el Decreto de Urgencia n.º 020-2020, se habilita frente a la anulación del laudo en los arbitrajes en los que participa el Estado peruano.

Para mayor ilustración se glosa el literal b) del numeral 1 del artículo 65 modificado por el Decreto de Urgencia n.º 020-2020, cuyo nuevo tenor es el siguiente:

> Artículo 65.- «Consecuencias de la anulación
>
> 1. Anulado el laudo, se procede de la siguiente manera:
>
> […]
>
> b. […]
>
> En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, *cualquiera de las partes está facultada a solicitar la sustitución del árbitro que designó, siguiendo las mismas reglas que determinaron su designación*; o en su caso, solicitar la recusación del árbitro y árbitros que emitieron el laudo anulado. En dicho supuesto se habilita el plazo para plantear la recusación sin admitir norma o pacto en contrario». (Énfasis agregado)

Como se podrá apreciar de esta nueva regulación, actualmente se prevé la posibilidad de solicitar la sustitución del árbitro que se designó, como consecuencia de la anulación de su laudo, debiendo resaltar que la designación del árbitro sustituto se rige por el mismo mecanismo de designación del árbitro sustituido.

Nótese que de una lectura literal del Decreto de Urgencia n.º 020-2020, tratándose de un tribunal arbitral, la sustitución del árbitro operaría en la legislación especial vigente, respecto del árbitro que se designó, esto es, respecto de los árbitros de parte, mas no del presidente debido a que este último no fue nombrado por las partes, sino por los árbitros designados previamente por las partes.

Asimismo, en lo que respecta al árbitro único, su sustitución desde una lectura literal de la norma encontraría limitaciones en su aplicación, en la medida que aún en el mejor de los casos en que hubiere existido acuerdo para su designación, es muy posible que, ante la anulación del laudo, no exista consenso entre las partes para el pedido de sustitución, lo que haría inútil viabilizar esta figura tratándose de un tribunal unipersonal.

Ahora bien, si evaluamos el «cómo» se podría materializar ese pedido de sustitución, pese a que la norma no lo dice; resultaría válido interpretar que el camino tendría que ser un pedido de inhibición o renuncia voluntaria del árbitro que se designó, con la finalidad que pueda ser sustituido por otro en virtud de la modificación incorporada por el Decreto de Urgencia n.º 020-2020, toda vez que la habilitación legal para su invocación está prevista en la norma vigente.

Por otro lado, si bien en la modificación normativa en comento no se hace expresa mención respecto de la sustitución del presidente de un tribunal arbitral y/o del árbitro de parte que no se eligió, nada obsta a que la parte interesada presente una solicitud para su apartamiento voluntario debido a las eventuales razones que podrían motivar un pedido de recusación latente como consecuencia de la anulación de laudo obtenida; esto último, sobre lo cual sí hay regulación literal y expresa, conforme veremos más adelante.

Con estas acotaciones, y sin perjuicio de haber demarcado ciertas limitaciones que podrían habilitar la sustitución de los árbitros en el marco de la regulación vigente, es importante destacar que las principales bondades o aspectos positivos de esta nueva regulación podrían ser las que se mencionan a continuación:

i. *Evita que los árbitros se limiten a la sola ratificación de los extremos anulados* y sin considerar lo expresado por el Poder Judicial en relación con las razones que motivaron la anulación decretada, lo cual, en la

práctica, no permitía una eficacia real derivada de la anulación conseguida en la jurisdicción ordinaria.

ii. *El no tener que pagar un arancel que justifique resolver un incidente por parte de la institución arbitral* que administra el proceso —tratándose de un arbitraje institucional—, toda vez que la sustitución de los árbitros, producto de esta modificación normativa es una facultad autorizada por mandato de la Ley de Arbitraje vigente, con lo cual no cabría determinar si el pedido de sustitución como consecuencia de la anulación de un laudo es o no posible por parte del centro de arbitraje de que se trate.

Sin perjuicio de anotar que este es un aspecto positivo para el caso de los arbitrajes institucionales, no lo es en igual medida en los arbitrajes *ad hoc*, toda vez que, sobre el particular, en el supuesto en que el árbitro no decida apartarse del proceso y la intención de parte en ese sentido persistiera, el camino restante para viabilizar dicho objetivo sería la recusación, la misma que también está prevista en la modificación incorporada por el Decreto de Urgencia n.º 020-2020 y cuya evaluación y decisión al respecto, sí tiene un costo.

iii. *Es un procedimiento más ágil en contraste con la recusación*, que no supone en sí mismo, la necesaria confrontación entre las partes (recusante y no recusante) y/o con el o los árbitros recusados, pues una vez efectuada la solicitud de sustitución habilita una renuncia voluntaria en el marco de la modificación efectuada en la Ley de Arbitraje vigente.

Dicho esto, resulta pertinente ingresar a revisar el procedimiento de sustitución, derivado de la acción que permite el Decreto de Urgencia n.º 020-2020.

3.2. Procedimiento de la sustitución

Al respecto, la modificación normativa objeto de análisis, no ha dispuesto su regulación de forma expresa, razón por la cual nos remitiremos a normas que antes de la introducción del Decreto de Urgencia n.º 020-2020 ya regulaban esos aspectos en el Decreto Legislativo n.º 1071.

3.2.1. Plazos

En primer lugar, corresponde remitirnos al numeral 1 del artículo 34 de la Ley de Arbitraje - Decreto Legislativo n.º 1071, que dispone:

> 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 decidirá las reglas que considere más apropiadas* teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
>
> […]». (Énfasis agregado)

En ese sentido, conforme al orden de prelación de la regulación de las actuaciones arbitrales, entre ellas, la sustitución, con la finalidad de determinar el plazo, primero corresponderá revisar lo pactado por las partes; segundo, revisar lo que regule el Reglamento del Centro de Arbitraje —tratándose de un arbitraje institucional— y, tercero, someterse a lo que pudiere disponer el tribunal arbitral —este último que deberá tomar en cuenta, a falta de regulación expresa, lo dispuesto en la Ley de Arbitraje - Decreto Legislativo n.º 1071—.[4]

[4] Ver numeral 3 del artículo 34 de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo n.º 1071, que prevé: «[…] 3. Si no existiese 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. […]».

Bajo esa línea de argumentación, para determinar el plazo en que se puede sustituir al árbitro u árbitros habrá que proceder conforme a la regla específica y en el orden de prelación antes indicado.

De otro lado, es importante resaltar que para el nombramiento del árbitro sustituto se sigue el procedimiento regulado para la designación del árbitro sustituido, tal y como lo estipula el literal b) del numeral 1 del artículo 65 modificado por el Decreto de Urgencia n.º 020-2020 y el artículo 31 del Decreto Legislativo n.º 1071 —ambos glosados con anterioridad—.

Por lo tanto, para ejemplificar el tema del plazo en el procedimiento de sustitución vamos a suponer un caso en que el convenio arbitral pactado por las partes otorga a estas un plazo de 10 días hábiles para el nombramiento de sus árbitros de parte, con lo cual si se genera la necesidad de designar un árbitro sustituto producto de la anulación de laudo y se ha producido la vacancia como consecuencia de su renuncia, el plazo que se tendrá para nombrar el árbitro sustituto será el mismo pactado para la designación del árbitro sustituido, esto es, diez días hábiles.

3.2.2. Órgano competente

Al respecto, en el Decreto de Urgencia n.º 020-2020 no se regula quién o cuál es el órgano competente responsable de resolver sobre la solicitud de sustitución en virtud de la anulación de laudo decretada; sin embargo, la misma se tendría que plantear ante el propio árbitro o árbitros por medio de un pedido de inhibición o renuncia voluntaria y solo en el supuesto de que no se comulgue con dicha solicitud se tendría que recurrir ante el Consejo Superior de Arbitraje de la institución arbitral de que se trate, para que se evalúe su salida por medio de una recusación, siempre que así lo estime la parte interesada.

3.2.3. Oportunidad en que debe solicitarse

Al respecto, considerando que la causa habilitante de este tipo de nombramiento del árbitro sustituto está estrechamente ligada con la anulación del laudo en sede judicial, la oportunidad para su ejercicio debe tener en cuenta precisamente ello, es decir que el laudo sea nulo.

En ese contexto, conforme a lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 64 del Decreto Legislativo n.º 1071:

> Artículo 64.- «Trámite del recurso
>
> […]
>
> 5. Contra lo resuelto por la Corte Superior *solo procede recurso de casación ante la Sala Civil de la Corte Suprema, cuando el laudo hubiera sido anulado en forma total o parcial*». (Énfasis agregado)

Este dispositivo normativo implica que si bien es cierto se puede haber anulado el laudo ante la Corte Superior competente, existe una última instancia en virtud de la casación que puede interponer la parte vencida; por tal motivo, surge válidamente la inquietud de si se puede o no activar la sustitución del árbitro inmediatamente después de anulado el laudo o si lo que corresponde es esperar al consentimiento de la resolución que declaró fundada la anulación de laudo.

Al respecto, considerando que aún no habría casuística difundida sobre el modo en que se viene resolviendo la oportunidad de la sustitución del árbitro en virtud del Decreto de Urgencia n.º 020-2020, y ciertamente se podría considerar «improcedente» la solicitud de sustitución —lo cual también aplica a la recusación— si es que aún no existe un consentimiento expreso de la sentencia que declaró fundada la anulación y/o se encuentra pendiente la resolución de la casación en curso, nada obsta a que de igual manera se pueda solicitar la sustitución en mérito a que la misma se perfecciona con la renuncia del árbitro o

árbitros, los cuales eventualmente podrían estar de acuerdo con su salida del caso sin necesidad de esperar al agotamiento de lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 64 de la Ley de Arbitraje.

3.2.4. Aplicación en el tiempo

Al respecto, surgen las siguientes interrogantes: si obtuve un laudo anulado antes del Decreto de Urgencia n.º 020-2020, ¿puedo invocar la modificatoria introducida en el literal b) del numeral 1 del artículo 65 de la Ley de Arbitraje? ¿Solo procede si el laudo fue anulado durante la vigencia del Decreto de Urgencia n.º 020-2020?

Sobre el particular, la respuesta podría no ser necesariamente uniforme en el arbitraje institucional toda vez que dependerá del juicio crítico de los órganos competentes de los centros de arbitraje de nuestro país. Según el Registro Nacional de Árbitros y de Centros de Arbitraje (Renace), a la fecha existen 107[5] instituciones arbitrales a nivel nacional.

Sin perjuicio de ello, es evidente que la condición que gatilla la solicitud de sustitución o la interposición de una recusación es la sola existencia de un laudo anulado y entenderíamos consentido o confirmado vía casación para habilitar desde la entrada en vigor del Decreto de Urgencia n.º 020-2020 la posibilidad de su invocación dentro del plazo que para tal efecto corresponda.

En ese sentido, no debiera resultar exigible que para invocar los efectos del Decreto de Urgencia n.º 020-2020 el laudo sea anulado en momento posterior a la entrada en vigor del citado Decreto, cuando el espíritu de la modificación efectuada en el literal b) del numeral 1 del artículo 65 de la Ley de Arbitraje no lo exige, y más aún si el citado

5 MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. *Renace. Registro Nacional de Árbitros y de Centros de Arbitraje*. Recuperado de <https://renace.minjus.gob.pe/renace/public/consulta/consultaMain.xhtml>.

Decreto se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes (para el caso que nos ocupa, la existencia de un laudo anulado y confirmado al momento de la entrada en vigor de la modificación normativa).

4. DE LA RECUSACIÓN DE LOS ÁRBITROS PRODUCTO DE LA ANULACIÓN DE UN LAUDO EN VIRTUD DE LO REGULADO EN EL DECRETO DE URGENCIA N.º 020-2020

4.1. Bondades y limitaciones en el marco de la legislación especial vigente

La recusación del árbitro único o miembros de un tribunal arbitral, si bien se habilita por el Decreto de Urgencia n.º 020-2020 como consecuencia de la anulación de laudo obtenida en sede judicial, necesita estar sustentada, además, en lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 28 de la Ley de Arbitraje, que regula:

> Artículo 28.- «Motivos de abstención y de recusación
>
> […]
>
> 3. Un árbitro solo podrá ser recusado si concurren en él, circunstancias que den lugar a dudas justificada sobre su imparcialidad o independencia, así como no poseer las calificaciones convenidas por las partes o las establecidas por el reglamento de la institución arbitral o las exigidas por la ley».

En ese sentido, para su activación, la parte recusante deberá sustentar su pedido en alguno de los extremos detallados en el artículo 28 de la Ley de Arbitraje, el mismo que sin perjuicio de no ser limitativo ni el único podría basarse en el prejuzgamiento del cual ya se encuentra imbuido el árbitro o árbitros cuyo laudo ha sido anulado, lo que no permite asegurar necesariamente una resolución con imparcialidad en la emisión del nuevo laudo arbitral.

Ahora bien, con relación a las bondades y limitaciones de la recusación que se habilita sin admitir pacto en contrario en virtud del nuevo literal b) del numeral 1 del artículo 65 de la Ley de Arbitraje, me remito a las mismas que han sido desarrolladas para la sustitución en la medida que ambos mecanismos apuntan al apartamiento del árbitro o árbitros.

Añadir, en todo caso, que para este supuesto existirían otros aspectos positivos por destacar:

i. Se puede recusar a todos los miembros del tribunal arbitral y no solo al árbitro que se designó, como ocurriría con un pedido de sustitución visto desde una interpretación literal de la modificación normativa incorporada por el Decreto de Urgencia n.º 020-2020.

ii. El pedido de recusación tiene reglas procedimentales más claras que la sustitución habilitada en la modificación que inserta el Decreto de Urgencia n.º 020-2020, tal y como veremos líneas abajo.

iii. En el arbitraje *ad hoc* no existe duda sobre quién es el órgano competente para resolver la recusación a propósito de lo dispuesto en el artículo 29 que modifica el Decreto de Urgencia n.º 020-2020, pues dicha facultad a partir de la norma bajo comento le corresponde a 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.

Finalmente, en cuanto a mencionar alguna limitación en relación con la recusación dispuesta en el Decreto de Urgencia n.º 020-2020, se aprecia una de carácter económico en lo que respecta exclusivamente a los arbitrajes *ad hoc*, pues en estos casos la parte recusante deberá pagar el arancel que haya dispuesto la institución arbitral que tenga competencia para resolver.

4.2. Procedimiento de la recusación

Al respecto, en el caso de la recusación, a diferencia de la sustitución, el Decreto de Urgencia n.º 020-2020 sí ha incluido algunos supuestos de relevancia sobre su procedimiento, los mismos que a continuación comentaré.

4.2.1. Plazos

Sobre el particular, es importante volver a glosar la norma materia de análisis, para mejor ilustración:

> Artículo 65.- «Consecuencias de la anulación
>
> 1. Anulado el laudo, se procede de la siguiente manera:
>
> […]
>
> b. […]
>
> En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, cualquiera de las partes está facultada a solicitar la sustitución del/la árbitro que designó, siguiendo las mismas reglas que determinaron su designación; *o en su caso, solicitar la recusación del árbitro y árbitros que emitieron el laudo anulado. En dicho supuesto se habilita el plazo para plantear la recusación sin admitir norma o pacto en contrario*». (Énfasis agregado)

Como vemos, la norma no prevé el plazo específico para presentar la recusación, por lo cual, conforme a lo expuesto para la sustitución, dicho plazo deberá ser verificado de la revisión de la regla que sobre el particular se ha previsto en el arbitraje y en el orden de prelación comentado en el presente artículo.

4.2.2. Órgano competente

Al respecto, el Decreto de Urgencia n.º 020-2020 sí ha previsto esta situación en la modificación al artículo 29 de la Ley de Arbitraje al regular lo siguiente:

> Artículo 29.- «Procedimiento de recusación
>
> […]
>
> e) En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, si la otra parte no conviene en la recusación y el/la árbitro/a recusado/a niega la razón, no se pronuncia o renuncia, *resuelve la recusación la institución arbitral; a falta de esta, la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los literales d) y e) del artículo 23. Es nulo todo acuerdo que establezca la posibilidad de que los miembros de un tribunal arbitral resuelvan la recusación de los demás árbitros*». (Énfasis agregado)

En ese sentido, el órgano competente para resolver las recusaciones en los arbitrajes institucionales será el órgano que el reglamento de arbitraje del centro establezca.

Y en el caso de los arbitrajes *ad hoc*, de igual manera, será una institución arbitral la que resuelva la recusación, esto conforme a lo regulado en la modificación efectuada al artículo 29 de la Ley de Arbitraje que, por remisión, nos lleva a lo dispuesto en los literales d) y e) del artículo 23 de la Ley de Arbitraje, que disponen:

> Artículo 23.- «Libertad de procedimiento de nombramiento
>
> […]
>
> 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.
>
> e. *En el arbitraje internacional, el nombramiento a que se refiere el inciso d. de este artículo será efectuado por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o por la Cámara de Comercio de Lima*, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje». (Énfasis agregado)

Esto permite concluir, entonces, que para los arbitrajes en que participe el Estado peruano, ya no serán los propios árbitros los que resuelvan la recusación, al margen del tipo de arbitraje (*ad hoc* o institucional).

4.2.3. Oportunidad en que debe solicitarse

Considerando que la interpretación sobre el particular puede ser variada y dependerá del juicio crítico de la institución arbitral de que se trate, resultaría conveniente interponer la recusación inmediatamente después de anulado el laudo, otorgando la alternativa previa de la renuncia, esto es, sin necesidad de esperar al consentimiento del fallo que declaró la nulidad, aun cuando pueda ser declarado improcedente.

Lo señalado a efectos de resguardar alguna alegación de la contraparte y/o del centro de arbitraje, en el sentido de haber perdido la oportunidad de recusar «oportunamente», si es que se optará por esperar el agotamiento de todo cuestionamiento en contra de la sentencia que declaró fundada la demanda de anulación de laudo.

4.2.4. Aplicación en el tiempo

En lo que respecta a la recusación producto de la anulación de laudo, la aplicación de la norma en el tiempo será la misma que se expresó para la sustitución.

5. SOBRE LA CONVENIENCIA DE OPTAR ENTRE LA SUSTITUCIÓN O LA RECUSACIÓN DEL ÁRBITRO PRODUCTO DE LA ANULACIÓN DE SU LAUDO

Al respecto, como hemos visto del desarrollo del presente artículo, tanto la sustitución como la recusación, tienen el mismo fin, esto es, el apartamiento definitivo del árbitro o árbitros del proceso luego haber anulado el laudo que expidieron.

Sin embargo, cada acción tiene matices diferentes en el procedimiento, los cuales, dependiendo del caso en concreto, será más conveniente optar. Por ende, no existe una única regla que pueda responder a la determinación de la mejor opción, sino diversos supuestos que, ante su ocurrencia, permitirán identificar cuál es el camino procesal más adecuado con el objeto de apartar al árbitro.

6. CONCLUSIONES

- A partir de la vigencia del Decreto de Urgencia n.º 020-2020, es posible sustituir a los árbitros como consecuencia de anular un laudo en sede judicial, para lo cual, para efectos del nombramiento del árbitro sustituto, deberá seguirse el procedimiento de designación regulado para el árbitro sustituido.

- De igual manera, a partir de la vigencia del Decreto de Urgencia n.º 020-2020 es posible recusar a todos los miembros que integran un tribunal como consecuencia de anular un laudo en sede judicial, para lo cual, además de invocar este supuesto habilitante, se deberá sustentar la recusación en alguno de los extremos que sobre el particular prevé el numeral 3 del artículo 28 de la Ley de Arbitraje.

- No existe una única regla que pueda responder a la determinación de la mejor opción (entre sustitución y recusación), sino diversos supuestos que, ante su ocurrencia, permitirán identificar cuál es el camino procesal más adecuado con el objeto de apartar al árbitro u árbitros.

- Para el caso de los arbitrajes *ad hoc*, debido a los costos que acarrearía la interposición de una recusación, resultaría recomendable agotar de forma previa una solicitud de sustitución, considerando que la misma se perfeccionaría por medio de la renuncia voluntaria del árbitro cuyo laudo fue anulado.

- De otro lado, para el caso de los arbitrajes institucionales se considera que una vez conseguida la anulación del laudo se agote, en primer lugar, el pedido de sustitución y solo ante el rechazo —posible supuesto— se evalúe la formulación de una recusación y sus posibilidades de éxito. Este camino se considera el más adecuado, toda vez que la salida del árbitro puede ser más rápida y eficaz para la continuidad de las actuaciones arbitrales, pues incluso se podría llegar a prescindir de la recusación por la salida anticipada de los árbitros a recusar.

- Asimismo, resulta importante resaltar que no existiendo casuística de acceso público que permita evaluar el modo en que se vienen resolviendo las recusaciones que habilita la modificación normativa incorporada por el Decreto de Urgencia n.º 020-2020, se tenga en consideración que la condición que gatilla este supuesto es un laudo nulo. Esto último que se cumple con el agotamiento de su cuestionamiento vía casación.

- Finalmente, he de indicar que no debiera resultar exigible para invocar los efectos del Decreto de Urgencia n.º 020-2020, que el laudo sea anulado en momento posterior a la entrada en vigor del citado Decreto, pues este se aplica a las consecuencias de las

relaciones y situaciones jurídicas existentes (para el caso que nos ocupa, la existencia de un laudo anulado y confirmado al momento de la entrada en vigor de la modificación normativa).

7. BIBLIOGRAFÍA

DE VINATEA BELLATÍN, Gustavo. «Del laudo». En *Actas del I Congreso Virtual de Arbitraje, Abastecimiento y Construcción de la Asociación Zambrano*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2020.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. *Renace. Registro Nacional de Árbitros y de Centros de Arbitraje*. Recuperado de <https://renace.minjus.gob.pe/renace/public/consulta/consultaMain.xhtml>.

WONG ABAD, Julio Martín. «Laudos parciales y recurso de anulación». En *Actas del Sexto Congreso Internacional de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú - 2012*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2012.

EL TRIBUNAL INCOMPLETO

Gisselle Moreno Cavallini [*]

El que una controversia se someta a un proceso arbitral es, en resumen, resultado del acuerdo de las partes contenido en lo que conocemos como el «convenio arbitral», aquella cláusula generalmente incluida en un contrato mediante la cual las partes se someten a voluntad propia a un proceso arbitral, lo que es denominado o más conocido como el arbitraje potestativo, toda vez que no es impuesto por la ley, sino acogido a voluntad de las partes.

Ahora bien, si nos sumergimos en la figura de un arbitraje potestativo, este tiene como característica fundamental las facilidades otorgadas a las partes para establecer las características de dicho arbitraje, entiéndase ya sea un tribunal arbitral o árbitro único, de derecho o de conciencia, institucional o *ad hoc*, así como qué controversias podrán someterse a un arbitraje y cuáles no[1] podrán ser parte de las pretensiones en dicho proceso.

---

[*] Abogada por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Socia del Estudio Mario Castillo Freyre Abogados. Secretaria arbitral.

[1] Decreto Legislativo n.° 1071

Artículo 13.- «Contenido y forma del convenio arbitral

1. El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.

2. El convenio arbitral deberá constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.

4. Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por "comunicación electrónica" se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio

El convenio arbitral presente en un contrato puede definir las características que serán base para un futuro proceso arbitral, entendiendo que la existencia de un convenio arbitral no implica que el cumplimiento de un contrato devenga en defectuoso por naturaleza, solo es una figura preventiva mas no futurista.

Pero qué sucede cuando dentro de las características y condiciones acordadas por las partes en torno a cómo se llevará a cabo el proceso arbitral se acuerda que existirá un tribunal arbitral, que como bien conocemos, suele estar conformado por tres árbitros, dos de los cuales —como resulta usual— son nombrados por las partes y el tercero, quien ejerce el rol de presidente, por lo general, será escogido por sus coárbitros.

Hasta este punto no vemos mayor complicación, salvo por aquella en la que la ley es de cierta manera complaciente, cuando indica que es posible que los miembros de un tribunal no sean necesariamente abogados[2] o que, por acuerdo de partes, pueden no ser abogados.

---

de mensajes de datos. Por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

5. Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra.

6. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

7. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje, si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano».

[2] Artículo 20.- «Capacidad

Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no tengan incompatibilidad para actuar como árbitros. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro».

El proceso arbitral, dependiendo su complejidad, puede tomar un tiempo prudente a efectos de llegar a una solución lo más justa posible, siempre aplicando la celeridad y evitando el engorroso camino que lamentablemente sigue teniendo el Poder Judicial. Pero qué sucede si llegado el momento de laudar el tribunal no se encuentra completo.

Sea por enfermedad grave o muerte, que impida todo tipo de expresión de voluntad por parte del árbitro afectado, hoy en día, más que nunca, frente a un estado tan grave de salud pública como lo es la pandemia por COVID-19, nadie se encuentra libre de contagiarse y entrar en un estado crítico que impidiera su reincorporación al tribunal y, por ende, manifestar de forma alguna de su opinión. No nos encontramos frente al supuesto de un voto singular o un voto en discordia, donde evidentemente el árbitro tiene toda la capacidad y el derecho de no coincidir con el razonamiento o conclusiones de sus coárbitros, lo que, sin duda, de por sí, no deja de generar una suerte de desventaja frente a un laudo por unanimidad.

A entender de Cabanellas,[3] unanimidad significa: 'Coincidencia de opiniones, dictamen o pareceres entre los consultados o resolventes', por lo que entendemos que el laudo emitido por unanimidad es aquel en el cual todos los miembros del tribunal arbitral comparten los considerandos y la parte resolutiva del mismo.

Si tenemos claro lo que sería un laudo adoptado por unanimidad, la figura de un laudo por mayoría difiere en tanto este se configura en el supuesto de que dos árbitros voten en un determinado sentido y otro que vota lo hace en sentido contrario.

Si nos referimos a la formalidad de un laudo emitido por unanimidad o por mayoría, en realidad no encontraríamos distinciones, ya que en ambos casos existe un laudo válido conforme a derecho, pero no

3 CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1989, 21ª edición., tomo VIII, p. 248.

debemos dejar de lado lo importante que es un laudo emitido por unanimidad.

Entendemos que frente a un laudo por unanimidad tanto el árbitro designado por la parte demandante como aquel designado por la parte demandada coincidieron con el razonamiento del presidente quien, a su vez, seguro que fue escogido por dichos árbitros. Entonces, nos encontramos frente a un laudo que irrefutablemente contiene coincidencias de resultado producto de opiniones similares. Ello es muy distinto a si nos encontramos frente a un conflicto de razonamientos. Así, si el árbitro designado por la parte demandante difiere del razonamiento de sus coárbitros, ello otorga la posibilidad al demandante de presentar recursos basados en la lógica de dicho voto que, por obvias razones, lo beneficia. Lo mismo en sentido contrario, por lo que si bien un laudo adoptado en mayoría sigue siendo «un laudo», pierde esa fuerza que genera el que nace por coincidencia de razonamientos de los miembros del tribunal.

A saber de Cantuarias,[4] un árbitro puede emitir una opinión disidente y esta no es laudo ni forma parte de él. Simplemente se trataría de una opinión que carece de efectos jurídicos, en el entendido de que la decisión se toma en base al acuerdo de la mayoría o del presidente del tribunal arbitral, según sea el caso. Por lo que se podría entender que, a través de la opinión disidente, el árbitro que se halla en minoría expresa la discrepancia con relación a aspectos de fondo de la controversia y con la forma como sus coárbitros han resuelto.

Si analizamos las diversas situaciones que pueden presentarse al momento de emitir un laudo, sería necesario indicar que, de algunas ya previstas, en el caso del voto singular, por obvias razones contiene una opinión disidente, este voto es tan legítimo como el voto en mayoría y, por ello, debe ser respetado.

---

4 CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: Editorial UPC, 2007, p. 140.

Por otro lado, y aun tratando de evitar ahondar en este tan interesante tema, que es el de las variables en la emisión de un laudo, señala Arrighi,[5] en cuanto a las opiniones separadas, que si bien uno o más árbitros están de acuerdo acerca de la parte resolutiva del laudo arbitral, deciden emitir una opinión separada, debido a que pueden no estar de acuerdo con parte o todo el razonamiento seguido por la mayoría o con la forma en que el mismo ha sido formulado.

Debemos entender así que estas opiniones separadas sí forman parte del laudo porque ellas están de acuerdo con la parte resolutiva del resto de los miembros del tribunal; caso contrario, se trataría de un voto disidente.

En los casos expuestos, sea por voto en discordia, de uno o dos árbitros, la ley ha sabido salvar el laudo, a pesar de todos los inconvenientes mencionados. Ella opta por favorecer la existencia de una decisión final, pero estos problemas se agravan cuando los árbitros votan en sentido opuesto y el presidente no vota. Si el presidente no vota y los coárbitros votan en sentido contrario, nos encontraríamos ante la ausencia de un laudo válido, ya que si observamos la ley, esta da prevalencia al voto del presidente.

Ello en tanto hablamos de laudos emitidos con votos contrarios en razonamiento o en decisión, pero qué sucede ante la ausencia de opinión de un árbitro o dos. Nunca se sabe qué tan inverosímil puede ser la situación. La ley de arbitraje, en su afán de evitar conflictos, parece buscar una manera de solucionar la ausencia de un árbitro al momento de laudar, pero ella no sería realmente la solución ante el caso de un tribunal incompleto.[6]

---

5 Citado por CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Op. cit.*, p. 9.

6 Artículo 52.- «Adopción de decisiones
1. El tribunal arbitral funciona con la concurrencia de la mayoría de los árbitros. Toda decisión se adoptará por mayoría, salvo que las partes hubiesen dispuesto algo distinto. Si no hubiese mayoría, la decisión será tomada por el presidente.

Ahora bien, qué significa la palabra «incompleto». En latín sería *incomplētus*, expresión que se forma con el prefijo de negación in- sobre el adjetivo completo, que indica que algo está entero y no tiene faltantes, pues *pletus* en latín significa 'pleno', y el prefijo con- se refiere a una totalidad.[7]

Debe tenerse claro que aquello incompleto no es en estricto algo equivocado, simplemente es algo a lo que le falta mayor o menor medida y a raíz de ello presenta falencias, en pocas palabras, algo que no es entero, cabal, total, perfecto, acabado, íntegro o intacto. También se entiende como algo a lo que hace falta o carece de alguna propiedad o característica de una cosa en particular, inacabado, insuficiente, imperfecto, falto, parcial o defectuoso.

Ello nos lleva a analizar que si el concepto de incompleto genera una situación de falencia de un resultado o algo carente de alguna característica o propiedad, entonces un tribunal incompleto es un tribunal que estará expuesto a generar un laudo con falencias, es decir que se encuentra con una ausencia de integridad, al que le hace falta ese algo que lo hace íntegro, completo, idóneo para la finalidad para la que fue creado.

Dentro de la lógica de una cláusula de solución de controversias, el tribunal arbitral, generalmente estará conformado por tres árbitros designados —conforme lo hemos indicado, por las partes, y el presidente por sus coárbitros—, pues de alguna manera ello las hace sentir seguras, protegidas, avaladas, escuchadas, y es que, a su entender, la decisión a la que arribe dicho tribunal será una que en teoría debería expresar los deseos de las partes, y aunque ello no siempre ocurre en la realidad, la decisión adoptada por unanimidad habrá sido tomada en conjunto con aquel árbitro que fue designado por ellas.

2. Los árbitros tienen la obligación de votar en todas las decisiones. Si no lo hacen, se considera que se adhieren a la decisión en mayoría o a la del presidente, según corresponda.
3. Salvo acuerdo en contrario de las partes o de los árbitros, el presidente podrá decidir por sí solo cuestiones de ordenación, tramitación e impulso de las actuaciones arbitrales».

7 Ver <https://deconceptos.com/general/incompleto>.

Aquí es donde nos encontramos frente a un posible problema aún no expuesto, y es que si bien algunas normativas prevén una situación similar como lo expresa el Reglamento de Arbitraje de la OMPI, el cual hace mención al tribunal incompleto en su artículo 35:

> a) Si un árbitro de un tribunal de tres personas, aunque debidamente notificado y sin ninguna razón válida, deja de participar en la labor del tribunal, los otros dos árbitros, podrán, a su discreción, continuar el arbitraje y dictar un laudo, orden u otra decisión pese a que el tercer árbitro haya dejado de participar, a menos que una de las partes haya presentado una solicitud en virtud del artículo 32. Al determinar si continúan el arbitraje o si dictan un laudo, una orden u otra decisión sin la participación del tercer árbitro, los otros dos árbitros deberán tener en cuenta la etapa en que se encuentre el arbitraje, la razón de su no participación expresada por el tercer árbitro, si la hubiere, así como cualquier otra cuestión que considere apropiada dadas las circunstancias.
> b) En caso de que los otros dos árbitros decidan no continuar el arbitraje sin la participación de un tercer árbitro, el centro, previa prueba satisfactoria de que el árbitro ha dejado de participar en la labor del tribunal, declarará la plaza vacante y, en el ejercicio de su plena discreción definida en el artículo 33, nombrará un árbitro sustituto, salvo acuerdo contrario de las partes.

Se puede observar que nos encontramos frente a un supuesto en el que el árbitro, sin mediar razón alguna, no participa o deja de participar del proceso arbitral, por lo cual sus coárbitros tienen la posibilidad de continuar, siempre que ninguna de las partes haya presentado un escrito en torno a la afectación de dicha situación.

Ahora bien, la Ley de Arbitraje Decreto Legislativo n.° 1071, abordó por primera vez en el Perú el tema de la remoción de un árbitro, indicando lo siguiente:

> 1. Cuando un árbitro se vea impedido de hecho o de derecho para ejercer sus funciones, o por cualquier otro motivo no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si las partes acuerdan su remoción. Si existe desacuerdo entre las partes sobre la remoción y no han

> estipulado un procedimiento para salvar dicho desacuerdo o no se encuentran sometidos a un reglamento arbitral, se procederá según lo dispuesto en el artículo 29. Esta decisión es definitiva e inimpugnable. Sin perjuicio de ello, cualquier árbitro puede ser removido de su cargo mediante acuerdo de las partes. 2. Si alguno de los árbitros rehúsa a participar en las actuaciones o está reiteradamente ausente en las deliberaciones del tribunal arbitral, los otros árbitros, una vez que hayan comunicado dicha situación a las partes y al árbitro renuente, están facultados para continuar con el arbitraje y dictar cualquier decisión o laudo, no obstante la falta de participación del árbitro renuente, salvo acuerdo distinto de las partes o del reglamento arbitral aplicable. En la determinación de si se continúa con el arbitraje, los otros árbitros deberán tomar en cuenta el estado de las actuaciones arbitrales, las razones expresadas por el árbitro renuente para no participar y cualesquiera otras circunstancias del caso que sean apropiadas. 3. Si en cualquier momento, los otros árbitros deciden continuar con el arbitraje sin la participación del árbitro renuente, notificarán su decisión a las partes. En este caso, cualquiera de ellas podrá solicitar a la institución que efectuó el nombramiento, o en su defecto, a la Cámara de Comercio correspondiente conforme a los incisos d) y e) del artículo 23, la remoción del árbitro renuente y su sustitución conforme el numeral 1 de este artículo.

Como se puede observar, nuestra Ley de Arbitraje menciona un impedimento de hecho o de derecho, en el entendido de que el impedimento de hecho refiera a una enfermedad grave, corresponde el proceso de remoción; siendo obvio que en el caso de muerte de un árbitro no es aplicable la remoción, pues solo se puede remover a alguien que ocupa un cargo, siendo imposible hacerlo con respecto a alguien que ya falleció, pues al haber dejado de ser persona, no puede ser árbitro.

Pero es un tanto complejo el proceso que pretende aplicar, pues se hace mención al acuerdo de las partes para su remoción, y ante un desacuerdo se aplicará el procedimiento establecido para la recusación. Lo que ocurre es que ante una situación de enfermedad permanente y grave que inhabilite al árbitro no cabe indecisión de las partes por ser

imposible la actuación del árbitro ausente. Aun en la normativa en mención se otorga la posibilidad a los árbitros de continuar con el proceso, con lo cual no estoy de acuerdo, pues el acto siguiente ante la ausencia de un árbitro, por evidente situación de fuerza mayor (enfermedad grave, por ejemplo), debería llevar a sus coárbitros a la suspensión inmediata del proceso a fin de reconstituir el tribunal arbitral.

No obstante, cuestionamos si sea posible considerar un laudo es válido cuando un tribunal designado por las partes y, del cual se estipuló sea compuesto por tres miembros, al final solo sea emitido por dos de ellos, sin la posibilidad de que el tercero pueda pronunciarse. ¿Qué derecho se vería vulnerado? ¿El de la parte que lo designó? O aun podríamos considerar que el *statu quo* del tribunal arbitral se mantiene, considerando que el derecho ampara un laudo en mayoría. Pero no podemos indicar que la opinión de un árbitro es menos importante que la de sus coárbitros, pues la idea es que dicho tribunal —compuesto por tres miembros— tenga un papel protagónico igualitario en el proceso.

En ese sentido, podremos observar lo que nos menciona el Reglamento de la Cámara de Comercio de Lima en sus artículos 16 y 17, los cuales hacen referencia a una situación similar a la analizada. Así, tenemos que el artículo 16 del Reglamento de la CCL dice:

> Artículo 16.- «Remoción
>
> 1. Un árbitro es removido de sus funciones si: a) Se encuentra afectado por una enfermedad grave o por incapacidad sobreviniente para ejercer sus funciones o no participa en el arbitraje por cualquier otro motivo. b) Su recusación es aceptada por el Consejo. c) Su renuncia es considerada justificada por el Consejo. d) Existe acuerdo de las partes.
>
> 2. El Consejo puede, asimismo, a iniciativa propia, remover a un árbitro cuando: a) Manifiestamente existen dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia. b) Contraviene las disposiciones del Reglamento. c) No conduce el arbitraje con diligencia y eficiencia razonables.

> 3. El Consejo remueve a un árbitro luego de recibir los comentarios de las partes, el árbitro en cuestión y los demás árbitros. La decisión del Consejo es motivada y definitiva.
>
> 4. En cualquier caso de remoción de un árbitro, el Consejo decide si le corresponden honorarios, y en qué monto, por su actuación en el arbitraje».

Así, también, tenemos que el artículo 17 del citado Reglamento de la Cámara de Comercio de Lima, el mismo indica:

> Artículo 17.- «Reemplazo
>
> 1. Si un árbitro es removido, para su reemplazo se sigue el procedimiento original de designación o nombramiento a menos que el Consejo decida uno diferente.
>
> 2. Una vez reconstituido, el Tribunal Arbitral, luego de escuchar a las partes, decide si se reanuda el arbitraje en el estado en que se encontraba al momento de la remoción del árbitro o si es necesario que se repitan algunas de las actuaciones anteriores.
>
> 3. Luego del cierre de las actuaciones, cuando se trate de tres árbitros, en lugar de reemplazar a un árbitro que ha fallecido o ha sido removido según lo dispuesto en el artículo 16, el Consejo, a solicitud de parte o de los árbitros y luego de escucharlos, puede decidir que los árbitros restantes continúen con el arbitraje.»

Siendo así, podemos observar que el Reglamento de la Cámara de Comercio de Lima prevé los casos en que un árbitro se encuentre con una enfermedad grave, para lo cual es removido y se sigue el procedimiento de reemplazo, el mismo que debería seguir el procedimiento original que se siguió para su nombramiento.

Siendo así, entonces, entendemos que para tomar en cuenta si existe o no un laudo debemos guiarnos de lo siguiente, según la ley peruana: que el laudo sea emitido en mayoría o que el laudo sea emitido por el

presidente en ausencia de voto de sus coárbitros, caso en el cual se les entendería adheridos al voto del presidente, caso en el cual estaremos en presencia de un laudo válido.

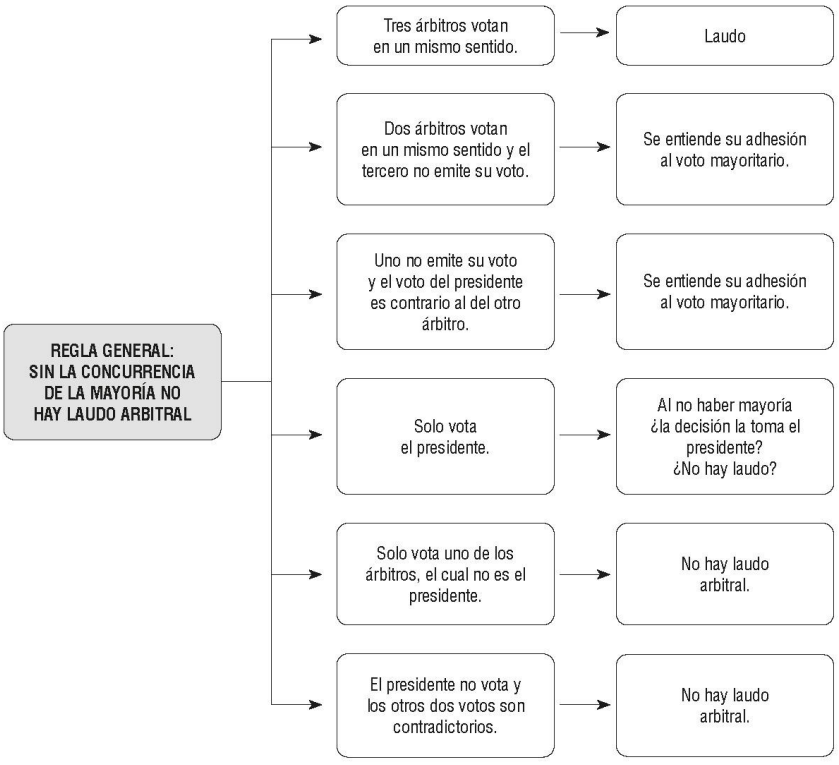
Pero qué pasa si una de las partes menciona la imposibilidad física de un árbitro, de dos árbitros o, incluso, del presidente del tribunal y que, además, difieran en opiniones, con lo cual, ya sea por enfermedad grave o por muerte, nos encontraríamos ante la ausencia de un laudo válido, considerando que el laudo emitido debe ser por el voto ya sea unánime o por mayoría o, incluso, asumiendo la figura del voto del presidente que prevalezca sobre el de los demás. Creemos que ahí sería correcto proceder a la suspensión del proceso hasta que se recomponga el tribunal. Para ello podríamos recurrir a la figura de la remoción (artículo 16 del Reglamento de la CCL, antes citado), sea por pedido de una o las dos partes, de los otros árbitros o de alguno de ellos.

Ahora bien, llegar a este punto es lógico dado que en derecho todo debe tener coherencia. Los diversos escenarios que podrían presentarse en el proceso arbitral o al momento de la emisión de un laudo arbitral se ven el en cuadro n.º 1.

Podemos observar que aun en supuestos aplicados por ley existe una convergencia de conflictos ante la emisión del laudo arbitral, y es que aunque la ley intenta ser complaciente y evitar conflictos entre las partes podría originar aun mayores escenarios de incertidumbre que frustren un proceso arbitral.

Me ratifico en la posición de un escenario equilibrado y justo, el cual sería, evidentemente, el de una suspensión del proceso, aun encontrándose el tribunal en plazo para laudar. Ello hasta que el mismo se encuentre reconstituido, con lo cual reitero estaríamos frente a la no afectación de los derechos de las partes.

Cuadro n.º 1



Creemos que la Ley de Arbitraje debió prever que los laudos arbitrales siempre sean emitidos por tribunales completos. De esta forma, el laudar con un tribunal incompleto debería haber estado contemplado como una de las causales de anulación del laudo arbitral (artículo 63 de la Ley), con lo cual somos de la opinión que no debería contemplarse en los reglamentos arbitrales que un tribunal pueda emitir un laudo en caso de enfermedad grave o muerte de uno de sus miembros, por la sencilla razón que el tribunal arbitral estaría incompleto.

El intento de la ley de solucionar los diversos escenarios de ausencia de voto o votos disidentes deja de lado un aspecto importante que es el acuerdo de las partes de que el proceso arbitral sea conducido y, por

consiguiente, el laudo arbitral sea emitido por un tribunal compuesto por tres árbitros. Entonces, cuál sería la finalidad de otorgar ese derecho y la capacidad de acordar las características del proceso arbitral si dentro del proceso o al final del mismo, se puede vulnerar el acuerdo de las partes.

Por su parte, el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú (CARC-PUCP) indica en su artículo 33, lo siguiente:

> Procede la remoción de un árbitro en los siguientes casos: a) Cuando las partes de común acuerdo así lo manifiesten por escrito. b) De oficio o a pedido de parte, cuando la Corte de Arbitraje decida que existe un impedimento legal o un impedimento de hecho que impida el cumplimiento de sus funciones, o que el árbitro es renuente a participar en las actuaciones arbitrales o no cumple sus funciones de conformidad con estas reglas o dentro de los plazos establecidos. En este caso, la Corte de Arbitraje decidirá sobre la remoción luego de que el árbitro en cuestión, las partes y, de ser el caso, los demás miembros del tribunal arbitral hayan tenido la oportunidad de manifestar lo que consideren pertinente.

De igual forma, podemos observar que el artículo 34 del reglamento del citado centro de arbitraje menciona que:

> La sustitución de los árbitros se rige por las siguientes reglas: a) Procede la sustitución por enfermedad grave, fallecimiento, por la renuncia, recusación que fuera amparada o remoción. b) La designación del árbitro sustituto se regirá por el mismo mecanismo de designación del árbitro sustituido. Una vez reconstituido el tribunal arbitral, y luego de escuchar a las partes, decidirá si es necesario repetir algunas o todas las actuaciones anteriores. c) Una vez fijado el plazo para laudar, la Corte de Arbitraje podrá decidir que los árbitros restantes continúen con el arbitraje, si es que se produce un supuesto de sustitución. Al decidir al respecto, la Corte de Arbitraje tomará en cuenta la opinión de los árbitros restantes y de las partes, así como cualquier otra cuestión que considere pertinente. De producirse la sustitución de un árbitro por renuncia, recusación o remoción, la Corte de Arbitraje fija el monto de los honorarios que le

> corresponden, teniendo en cuenta los motivos de la sustitución y el estado de las actuaciones arbitrales. La Corte de Arbitraje dispone la devolución parcial o total de honorarios si fuera necesario. Asimismo, fija los honorarios que le corresponden al árbitro sustituto.

En el caso del inciso b del artículo 33 se hace referencia a que la remoción se dará de parte o de oficio ante un impedimento legal o de hecho. Asumimos que el Reglamento, al referirse a una situación de hecho, comprende la posibilidad de una enfermedad grave o de la muerte de un árbitro. Ello se ve reflejado más claramente en el literal a) del artículo 34 de dicho cuerpo normativo cuando indica que la sustitución del árbitro procederá por fallecimiento, enfermedad grave, etc. El proceso de su sustitución se dará de la misma manera en que se produjo el nombramiento del árbitro en cuestión, pues la Corte Superior de Arbitraje del CARC-PUCP decidirá que una vez fijado el plazo para laudar se continúe con los árbitros que quedan presentes en el Tribunal y, en atención a las necesidades o requerimientos de las partes, adiciona que «tomará en cuenta la opinión de los árbitros y de las partes».

Pero aun ante esta situación, estimamos que la regla debería ser que se complete el tribunal arbitral a menos, naturalmente, que ambas partes y el centro de arbitraje estuvieren de acuerdo en que ello no se realice. Si una parte se considerase perjudicada, debería tener el derecho a que el tribunal se complete.

Decimos esto, pues nos encontramos frente a una situación que no sería muy beneficiosa para la parte que perdió al árbitro que designó, considerando que se encuentra en una suerte de desventaja al no ejercer su derecho de designar a un árbitro, conforme está establecido tanto en la normativa legal o reglamentaria como en el convenio arbitral.

En estos casos, además, la ley debería indicar una suerte de suspensión del plazo para laudar hasta que el tribunal arbitral se encuentre nuevamente completo, con la designación del árbitro que sustituya a quien se encuentre impedido de emitir pronunciamiento.

Teniendo en cuenta que nuestro derecho da prevalencia al voto del presidente, podríamos preguntarnos qué sucedería si es él quien se encuentra impedido de emitir opinión, a consecuencia de un grave accidente que lo tiene en un coma inducido y sus coárbitros tienen votos contrarios, y aun así tuvieran votos que coincidan seguiríamos ante un tribunal incompleto, contraviniendo lo estipulado en la cláusula de solución de controversias pactada entre las partes.

No solo en la etapa final del proceso arbitral puede presentarse esta figura, sino en cualquier otra etapa del proceso, con lo cual también por una suerte de respeto a la decisión de las partes debería suspenderse el proceso y recomponerse el tribunal. Pero resulta evidente que el mayor problema se presenta cuando el plazo para laudar ya se encuentra establecido.

Si bien suspender el proceso, lo dilataría, ello resguardaría la voluntad de las partes al establecer la presencia de tres árbitros para la solución de sus controversias, para generar ese estado idóneo con el que las partes empezaron un proceso arbitral y la seguridad que en todo momento los tres árbitros pudieron hacer e hicieron uso de sus facultades para que dicha controversia pueda ser resuelta de la manera más correcta posible.

¿Cuáles serían las implicancias de un laudo incompleto y el pedido de suspensión de un arbitraje hasta la recomposición del tribunal? Es cierto que el arbitraje se distingue de un proceso judicial, entre otros aspectos, por su celeridad, siendo posible que se considere que suspender un arbitraje por la existencia de un tribunal incompleto con la figura de una manifestación en mayoría no sea lo más conveniente, pero ¿qué es lo que se busca en un arbitraje?

Un arbitraje no solo garantiza la solución de la controversia en un menor tiempo, sino que además implica la garantía de un tribunal que se encuentra equilibrado, en tanto cada parte nombró un árbitro y estos, en conjunto, al presidente, lo que produce una suerte de equilibrio y

equidad en la aplicación de la justicia. El debate de ideas en un escenario expuesto a percepciones distintas provoca más variables en soluciones y, por ende, se permite pulir ideas y razonamientos con el objeto de lograr un buen laudo arbitral. Ese es, por lo demás, el sentido de los tribunales colegiados no solo en la jurisdicción arbitral, sino también en la ordinaria.

Finalmente, el hecho de que un laudo sea emitido en mayoría bajo la premisa de una ausencia de pronunciamiento por parte de un árbitro, ya sea el presidente u otro árbitro, aun siendo amparado por la ley, continúa dentro del supuesto de un tribunal arbitral incompleto, incluido el simple hecho de la imposibilidad del árbitro de cumplir con su función, la cual, evidentemente, era dilucidar la controversia previo debate al interior del tribunal.

Conclusiones

El funcionamiento o laudo por parte de un tribunal arbitral incompleto es indeseable por diversas razones.

Ante un tribunal incompleto, sea por ausencia injustificada o por enfermedad grave o muerte de uno de los árbitros o del presidente del tribunal arbitral, debe tenerse como primera y única opción la recomposición del mismo bajo la modalidad originaria; ello, naturalmente, salvo acuerdo en contrario de las partes. La etapa en la que se encuentre el proceso debería ser irrelevante para estas consideraciones.

Si la finalidad de un laudo es que el mismo se acerque lo más posible a una justa solución de aquellas controversias sometidas por las partes a conocimiento de un tribunal arbitral, debemos evitar que el laudo presente el vicio de ser emitido por un tribunal arbitral incompleto.

Si bien suspender el plazo para laudar dilataría el proceso, esto llevaría a cumplir con la voluntad de las partes, que inicialmente fue la de

tener a disposición de la solución de la controversia un tribunal arbitral compuesto por tres árbitros. Y, además, para que se cumpla con el equilibrio de trato que siempre deben tener las partes en el proceso arbitral.

Se debe tener claro que un tribunal arbitral se encuentra incompleto por la presencia de una situación extrema, cuando la ausencia de dicho árbitro obedece a causa de enfermedad grave o de muerte, no por una ausencia consciente o dolosa del árbitro, supuesto, este último, en el cual además de una obvia recomposición del tribunal debería existir una sanción administrativa para el árbitro que no cumple su función sin justificación alguna.

No podemos pretender que el ingreso de un árbitro sustituto implique una actuación inmediata con poca o ninguna información respecto al proceso y las pretensiones planteadas, pues ello no cumpliría con la finalidad de su designación que es aportar una opinión útil para un pronunciamiento adecuado, por lo que, además, debe otorgársele un plazo prudente para que este se informe de los hechos y las posiciones de las partes, las mismas que hoy en día son grabadas, con lo cual se facilita la labor de información del árbitro que ingresa como sustituto y pueda así proceder de acuerdo a la exigencia del caso.

Si bien es cierto la normativa ampara la validez de un laudo emitido en mayoría, nos preguntamos qué sucedería ante la ausencia del presidente del tribunal y los votos disidentes de los árbitros restantes. Aquí nos encontraríamos ante la ausencia absoluta de un laudo, por lo que reiteramos la importancia de un tribunal arbitral completo, por ser este la expresión de la voluntad de las partes y la garantía del equilibrio de la decisión que se tome que, al fin y al cabo, expresa —en teoría— la solución a sus expectativas.

PRISMA PARA EL CONTENIDO Y REDACCIÓN DEL LAUDO

Hortencia Rozas Olivera *

Si quieres paz, trabaja por la justicia.
Paulo VI

Sumario: 1. Introducción.— 2. El marco legal.— 3. La interpretación del contrato.— 4. La argumentación jurídica.— 5. Los sesgos cognitivos.— 6. La motivación.— 7. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El propósito de este artículo es compartir algunas reflexiones y textos sobre el contenido y la redacción del laudo con la idea de que su lectura provoque algunas otras reflexiones y, por qué no, ideas divergentes.

Una anécdota laboral, al empezar mi desempeño en una empresa de telecomunicaciones, me enseñó cómo un conjunto de ideas y actividades

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con Maestría en Derecho de Empresa por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, especialización superior en Derecho y Gestión de la Telecomunicaciones por la Universidad Andina y Universidad del Externado de Colombia. Estudios de Gerencia para Abogados en la Universidad de Yale, Libre Competencia en la Universidad de Castilla-La Mancha, Regulación de Servicios Públicos en la Universidad Carlos III, España. Regulación de Tarifas en UADE, Argentina. Fue directora de Regulación en Telefónica del Perú, gerente legal en Tecnológica de Alimentos S. A. En la actualidad se desempeña como abogada independiente.

puede tener diversas formas de expresarlas y de leerlas. El primer encargo que recibí fue acompañar a un equipo para obtener la documentación legal en la compra de ocho terrenos para la expansión del servicio. El jefe a cargo del proyecto me pidió hacer un cronograma de trabajo. Con el mayor esmero posible en mi redacción, escribí ocho páginas, una por cada terreno, tratando de sintetizar en mi relato las actividades más importantes, de carácter legal, que ejecutaría para la compra de los terrenos. Al presentar el documento al jefe del equipo, un ingeniero, me miró con una enigmática sonrisa y me preguntó si alguna vez había hecho un cronograma. Respondí que esa era la primera vez. Acto seguido, el ingeniero desplegó en una pizarra un cuadro con barras y otro con columnas donde mostraba actividades, tiempos, lugares y costos, con el agregado de una columna de observaciones. Nada parecido a mi largo relato. Eso ocurrió hace más de treinta años. Evidentemente, hoy en día a nadie se le ocurriría hacer lo que hice, ya que parte de las funcionalidades con las que se familiarizan los estudiantes desde muy jóvenes (con el uso de las computadoras) es, precisamente, componer cuadros, gráficos y otros diseños visuales para mostrar detalles de actividades, efectos de opciones, decisiones, etc.

Además de la parte gráfica y visual, lo que me enseñó aquella experiencia —a la par de asumir la frustración por que mi esfuerzo retórico no fuera apreciado— fue que la forma de expresar y leer hechos puede ser variada, dependiendo de la formación, experiencia u otros aspectos o circunstancias. Así, según el productor o receptor del mensaje, y de los requisitos del contenido y su lectura, se necesita no solo adaptar el mensaje a la necesidad del ejercicio de la función, sino conciencia plena de los efectos de lo que se quiere transmitir.

Mas adelante, en la misma experiencia laboral, me tocó estar del lado del usuario de un arbitraje en el que se discutieron complejos aspectos de la regulación contractual de un régimen de tarifas, con fórmulas de ajuste propias de la regulación tarifaria internacional. Siendo un primer contacto con el mundo del arbitraje, quedé maravillada con la amplitud

con la que se llevó a cabo el debate durante la controversia, peritajes técnicos y económicos expuestos por especialistas nacionales e internacionales, preguntas del tribunal sobre las cuestiones fundamentales de la controversia y un laudo que recogía todas estas cuestiones debatidas y controvertidas.

Fue una formidable experiencia que dejó grabado en mí un debate que no solo abarcó aspectos jurídicos, sino cuestiones complejas de carácter técnico y económico. Al término, mi percepción fue la de una solución equilibrada y satisfactoria, aunque no se hubiera logrado todo lo que la parte, a la que en ese entonces representaba, hubiera aspirado. Aquello me dejó también la grata impresión de cómo se integraron los conceptos jurídicos con los aspectos económicos y técnicos del caso.

Con estas anécdotas inicio las reflexiones sobre el contenido y redacción del laudo arbitral.

El laudo, en términos generales, es el documento escrito mediante el cual el tribunal resuelve los asuntos controvertidos en el arbitraje, introducidos tanto por el demandante como por el demandado. Concluye la controversia, produciendo los efectos de cosa juzgada.

De este modo, con la expedición del laudo se da término a la controversia, pues de acuerdo a la Ley de Arbitraje, es definitivo e inapelable y produce efectos de cosa juzgada.[1] Por lo tanto, redactar el laudo es una tarea delicada y de gran importancia.

2. EL MARCO LEGAL

No se puede regular ni determinar cómo hay que redactar un laudo. La Ley de Arbitraje establece que el tribunal arbitral tiene plenas atribuciones e independencia para iniciar, continuar con las actuaciones arbitrales,

[1] Decreto Legislativo n.º 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (vigente desde el 1 de septiembre de 2008).

decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo, sin estar sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones.

Sobre el contenido del laudo, la Ley de Arbitraje establece en el artículo 56 que: «Todo laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido algo distinto, o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 50».

Alfredo Bullard, respecto al pacto que exonera a los árbitros de la motivación, señala que a pesar de que el pacto es posible, es poco frecuente, no es común que se libere a los árbitros del deber de motivar.[2] Y es que, razonablemente, no es común que las partes tengan que acatar decisiones no explicadas, no motivadas, no justificadas. El instinto moral de justicia suele resultar agraviado cuando se ordena sin justificar por qué.

Respecto a las reglas aplicables al fondo de la controversia, la Ley de Arbitraje dispone que el tribunal arbitral decidirá el fondo de la controversia, de acuerdo a derecho. En el caso del arbitraje internacional el tribunal decidirá la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes como aplicables al fondo de la controversia. El tribunal arbitral decidirá en equidad o en conciencia solo si las partes han autorizado ello.

El artículo 57 concluye señalando que en todos los casos que el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos y las prácticas aplicables.

---

2 BULLARD, Alfredo. «Comentarios sobre el contenido del laudo». En BULLARD, Alfredo (editor). *Litigio arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva*. Lima: Palestra, 2015, p. 386.

3. LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

Una de las tareas fundamentales previas a la redacción del laudo es la labor interpretativa del árbitro. Considerando que las materias de controversia derivan de las estipulaciones contractuales, comentaremos sobre la interpretación contractual.

La labor de interpretación de las estipulaciones contractuales requiere de un análisis racional, reflexivo de su contenido, pues el derecho contractual parte de la premisa de que las partes desean realizar una operación que incremente sus niveles de bienestar. Muchos tratadistas han escrito sobre el particular considerando que dar sentido a las expresiones, a las declaraciones contractuales, proporcionará el marco en el cual se analicen los derechos y obligaciones, los motivos de la controversia y las bases sobre las que se redactará el laudo. Bianca manifiesta: «La interpretación es la operación que determina el significado jurídicamente relevante del acuerdo contractual».[3]

Talavera, Ferruzo y Díaz Peña,[4] escribiendo sobre la interpretación contractual, indican que existen grandes sistemas: (i) el sistema subjetivo; y (ii) el sistema objetivo. El primero destinado a indagar sobre la común intención de las partes, sin limitarse al sentido literal de las palabras. El sistema objetivo analizando la voluntad declarada, la intención exteriorizada por las partes. Luego comentan los métodos interpretación contractual, empezando por la interpretación literal, método más común y antiguo, valioso como punto de partida. Mencionan, sin embargo, que según los propios exponentes de la hermenéutica se ha puesto en tela de juicio su utilidad como método interpretativo ya que se va reinventando y reinterpretando en el tiempo.

---

3 BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Milán: Giuffrè, 1998, tomo 3, p. 377.

4 TALAVERA, Andres; FERRUZO, Giafranco y Cinthya DÍAZ PEÑA. «La hermenéutica y el arbitraje: la labor interpretativa del árbitro». En BULLARD, Alfredo (editor). *Litigio arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva*. Lima: Palestra, 2015, pp. 31-36.

Por su parte, Fernández Cruz señala:

> Todas las reglas legales de interpretación contenidas en los artículos 168, 169, 170 y 1362 del Código Civil peruano constituyen reglas de interpretación subjetiva, en el sentido de que están dirigidas a clarificar la común intención de las partes. En cambio, las reglas de interpretación objetiva, están más bien dirigidas a fijar el significado del contrato cuando resulta dudosa la común intención de los contratantes, por lo que en este supuesto el significado del contrato se complementa o uniforma recurriendo a cánones legales fundamentalmente destinados a garantizar la conservación del contrato, conforme a normativas típicas de estándares contractuales (como, por ejemplo, cuando las estipulaciones de un contrato de compraventa pactadas por las partes, se complementan con la normatividad típica del contrato de compraventa establecida por la Ley) o de equidad.

Asimismo, Fernández Cruz manifiesta:

> En doctrina, se ha postulado también otros criterios o reglas interpretativas, entre las que cabe destacarse aquellas referidas a la interpretación de expresiones generales e indicaciones demostrativas y las reglas de interpretación objetiva, referidas, por ejemplo, al principio de conservación del contrato; la de interpretación según los usos y costumbres; la regla de interpretación contra el autor de una cláusula (que en el C. C. peruano ha sido recogido como regla de interpretación objetiva, en el art. 1401); y otras.

Así, en el ejercicio de interpretación del contrato, el trabajo del intérprete consiste en esclarecer el sentido de las estipulaciones contractuales para resolver la controversia, utilizando las reglas y métodos de interpretación correspondientes. En función del resultado de esa labor se establecerán los derechos, obligaciones y responsabilidades que corresponden a las partes. En otras palabras, como producto de esa labor interpretativa se obtendrá, si se puede denominar así, un «mapa» del acuerdo contractual y su desarrollo en la ejecución, evaluando la con-

ducta de las partes, la correspondencia intercambiada, entre otros elementos, hasta hallar el «desencuentro» del que surge la controversia sobre la cual se pronunciarán los árbitros.

En ese ejercicio es indispensable tener como horizonte la coherencia en la interpretación, valorando los medios probatorios aportados por las partes, los aspectos, técnicos, económicos y hasta científicos que pueden estar involucrados en la controversia. No es poco frecuente encontrar en la controversia inversiones y situaciones patrimoniales complejas que ameritan no solo analizar los documentos contractuales, además de los hechos, el entorno, el comportamiento del mercado con eventuales pericias, documentos técnicos y exposiciones de expertos que ayuden a comprender el contenido de las obligaciones contractuales y sus efectos, entre otros, para luego entender los incumplimientos que provocaron la controversia y los perjuicios que pudieron haber causado a quien encontró insatisfechas sus expectativas por el incumplimiento contractual.

Todo ese conjunto debería proporcionar al árbitro las bases para un análisis integral del caso a partir del cual se pueda desarrollar la decisión para emitir el laudo.

4. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Desde nuestra perspectiva, la argumentación jurídica presente en los discursos de los abogados de las partes y en las decisiones jurisdiccionales es más o menos clara cuando se trata de persuadir, demostrar o justificar algún asunto con relación al cumplimiento o incumplimiento normativo determinado, lo tradicional ha sido usar el silogismo deductivo propio de la lógica formal sobre los que han escrito Alexy y otros autores.

Sin embargo, no ha sido siempre un ejercicio consciente ni ejecutado con esmero. Su ámbito natural de aplicación, desde la perspectiva del juzgador, ha sido tradicionalmente el de las sentencias judiciales.

La antigüedad clásica, indica Graciela Fernández Ruiz, muestra cómo las características y exigencias propias de las tareas del abogado propician, la expansión y el estudio de la argumentación. Añade que muchos grandes oradores —prototipo de la argumentación— han sido también personajes muy destacados en el mundo del derecho. En la antigua Grecia, la habilidad argumentativa de los litigantes y su capacidad persuasiva eran decisivas para el triunfo en el litigio. Con un interesantísimo recorrido histórico por los sofistas, los filósofos como Platón, Aristóteles, pasando por el canon de los diez mejores oradores griegos (Canon de Alejandría), dicha autora señala la cercana relación entre la argumentación y el derecho pasando por la etapa grecorromana, la Revolución francesa y otros episodios históricos, anota el advenimiento de la exigencia de la legalidad y seguridad jurídicas acentuando el aspecto sistemático del derecho y el sistema deductivo del razonamiento judicial. Marca los hitos en la argumentación jurídica y la motivación de las resoluciones judiciales, con abundante desarrollo doctrinario sobre la lógica formal deductiva como razonamiento propio de los juristas.[5]

Respecto a la argumentación en las decisiones judiciales, dicha autora afirma lo siguiente:

> Puesto que es el derecho una disciplina tan amplia y rica en matices, difícilmente podría tener exactamente el mismo modo de argumentar en todos los temas que les son propios. De acuerdo a Atienza (2007, p. 3), existen al menos tres contextos jurídicos en los que se llevan a cabo argumentaciones. El […] de la «producción o establecimiento de normas jurídicas» (tanto en su fase prelegislativa, como en la legislativa, que es donde propiamente se manejan argumentos jurídicos, mientras que en la primera los argumentos —según Atienza— son más de tipo político y moral); un segundo contexto en que se realizan argumentos jurídicos, es el de la «aplicación de normas jurídicas a la resolución de los casos, bien

5 FERNÁNDEZ RUIZ, Graciela. «La argumentación jurídica». En FERNÁNDEZ RUIZ, Graciela. *Argumentación y lenguaje jurídico: aplicación al análisis de una sentancia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. México D.F.: UNAM, 2011. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3016/7.pdf>, pp. 74-97.

> sea esta una actividad que llevan a cabo jueces en sentido estricto, órganos administrativos, en el más amplio sentido de la expresión, o simples particulares». El tercer ámbito […] es el de la «dogmática jurídica», en la cual Atienza distingue tres funciones: 1) suministrar criterios para la producción del derecho en las diversas instancias en que ello tiene lugar; 2) suministrar criterios para la aplicación del derecho; 3) ordenar un sector del ordenamiento jurídico.[5]

Refiriéndose a los criterios para la aplicación del derecho, dicha autora cita a Perelman y expresa que el razonamiento jurídico se manifiesta por antonomasia en el procedimiento judicial. Añade que por medio de la motivación se dificulta el voluntarismo y se abren las puertas a la razón: «motivar una decisión es expresar sus razones y por eso es obligar, al que la toma, a tenerlas. Es alejar todo arbitrio».

Graciela Fernández cita, igualmente, a Alexy (2007) de quien dice hace notar que el aspecto más valioso de la justificación interna es la ayuda para descubrir todas las premisas, cuya existencia es necesaria para arribar a una determinada conclusión, sin permitir que tales premisas se cuelen subrepticiamente.

Luego se refiere a la justificación interna y la justificación externa, respecto a la primera manifiesta que es el relativo a la lógica formal aplicada al campo del derecho. Para el análisis de la argumentación externa, cita varios tipos de argumentación: a símil o por analogía, *a fortiori*, argumento a contrario, argumento de la dirección, argumento psicológico o genético, argumento teleológico, argumento por reducción al absurdo, argumento por uso de precedentes, argumento semántico y argumento dogmático.[6]

Estas referencias tienen como propósito anotar cómo el conjunto de labores interpretativas, con los sistemas y métodos conocidos, la base

---

5 *Idem*, pp. 106-123.

6 FERNÁNDEZ RUIZ, Graciela. *Op. cit.*, pp. 111-122.

de conocimientos y experiencia de los abogados que se dedican al arbitraje terminan plasmados por escrito en las decisiones que toman, con la ayuda de la lógica formal, dando así soporte a la formulación de tales decisiones para su solidez en la tarea de administrar justicia.

5. LOS SESGOS COGNITIVOS

En la tarea de la interpretación, y luego en la de plasmar la decisión del tribunal que se recoja en el laudo, es necesario tener conciencia de la existencia de los sesgos cognitivos en los árbitros, en las partes, sus abogados, peritos, etc.

Como sabemos, los sesgos influyen en la percepción que cada persona tiene del mundo que le rodea. Estos sesgos cognitivos vienen definidos por la educación, la cultura en general, las relaciones sociales, familiares, las emociones, los valores, los recuerdos, conscientes e inconscientes, entre muchos otros, propios de la complejidad de la conducta humana.

Jose María de la Jara hace notar que en los últimos años la brecha entre la psicología y el derecho se ha reducido y cita como ejemplo que estudios de errores cognitivos han servido de sustento a los promotores de la eliminación del sistema de jurados, los *scans* cerebrales usados como prueba estándar en casos de pena de muerte y en la defensa de personas incapaces o con lesiones cerebrales.[7]

Es decir, la psicología y los estudios de sesgos cognitivos ya no solo son parte de interesantes películas policiales y de sonados juicios que vemos en el cine y la televisión, sino aspectos que siendo parte inescindible de la conducta humana hay que tenerlos en cuenta no solo en la

[7] DE LA JARA, Jose María. «Condenados por intuición: el cerebro del juez en la determinación del daño y del factor de atribución». En BULLARD, Alfredo (editor). *Litigio arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva*. Lima: Palestra, 2015, p. 323.

interpretación de los hechos sino en la labor de persuasión que ejercen los abogados litigantes y en las decisiones de jueces y árbitros.

De la Jara afirma que los formalistas proponen que el juez se limita a aplicar el derecho a los hechos, de una manera deliberada y mecánica, excluyendo de su razonamiento cualquier elemento extrajurídico. Añade que dicha visión desconoce la naturaleza del juez. Como cualquier ser humano este reacciona intuitivamente y no está exento de errores. Tiene conocimientos, capacidad limitada para procesar información y memoria selectiva.

Por otro lado, refiere, los realistas sostienen que los jueces reaccionan emocionalmente, siguen un proceso intuitivo para arribar a la solución del caso concreto y luego racionalizar el resultado. Agrega que este grupo sugiere que el cerebro del juzgador utiliza atajos mentales para encontrar una respuesta rápida al problema en lugar de analizar con detalle cada una de las opciones.[8]

Sobre estos importantes aportes de la psicología, Nuria de Cohan escribe lo siguiente:

> A lo largo de la vida todas las personas tomamos una gran cantidad de decisiones; algunas veces son fáciles y, por el contrario, otras son muy difíciles de tomar porque nos encontramos frente a una duda, conflicto o incertidumbre.
>
> […]
>
> La información que se tiene sobre los hechos a decidir es sumamente importante y en este sentido se pueden tomar decisiones bajo certeza, bajo completa ignorancia o con cierto riesgo. La toma de decisiones con toda certeza o con completa ignorancia no son problema, el caso más interesante es la toma de decisión con riesgo en el que se supone que el sujeto tiene alguna información y puede evaluar las probabilidades de los

8 *Idem*, p. 300.

> distintos estados de la naturaleza. Las elecciones con riesgo son en esencia «apuestas» cuyos resultados vienen determinados conjuntamente por la elección individual y algún procedimiento aleatorio específico. El que decide no puede saber qué estado del mundo se va a dar, pero conoce las probabilidades de ocurrencia de los distintos estados. En algunos casos, como en las apuestas con los juegos de dados, se sabe exactamente las probabilidades objetivas y se puede calcular la esperanza matemática de ganar o perder en un juego. En otros casos como en las inversiones en negocios, el jugar a la bolsa, etc., solo se conocen estimaciones subjetivas aproximadas de las probabilidades, para poder calcular los beneficios.
>
> El estudio de los juicios humanos frente al riesgo y la incertidumbre se transformó desde 1970 cuando Kahneman y Tversky introdujeron su enfoque sobre heurística y sesgos y desafiaron los modelos que dominaban en la época y que eran estrictamente racionales.[9]

Por tanto, podemos decir, sin temor a equivocarnos, que el paquete cognitivo que nos acompaña en el viaje por este mundo está en todas las actividades que realizamos.

Las emociones y reacciones están vinculadas a nuestro organismo en aspectos que antes no conocíamos. Así, por ejemplo, hoy sabemos de la existencia de alrededor de doscientos millones de neuronas en los intestinos del ser humano y que el cerebro está ligado a sus reacciones.

No solamente somos herencia genética, sino resultado de nuestro entorno académico, familiar, social, religioso que ahora se conoce como epigenética, todo lo cual influye en nuestras decisiones.

Profundizar en el importante estudio y aporte de Kahneman y otros psicólogos debe ser apasionante. En este espacio solo invitamos a tomar conciencia del mundo cognitivo que cada uno de los integrantes de un tribunal arbitral trae consigo al momento de interpretar los hechos, los

---

9 DE COHAN, Nuria. «Los sesgos cognitivos en la toma de decisiones». En *International Journal of Psychological Research*, 2008, n.° 1, vol. 1, pp. 68-69. La importancia de estos problemas se puso en evidencia en el año 2002 cuando por primera vez en la historia de la psicología un psicólogo, el Dr. Daniel Kahneman, compartió el Premio Nobel en Economía.

documentos, pruebas, peritajes, así como para atender el discurso de la defensa de cada parte, entre otros aspectos, en el desarrollo de la controversia arbitral y al momento de redactar el laudo.

Como ejemplo, un efecto de estos aspectos en las decisiones lo comenta De la Jara al referirse a estudios del efecto de las denominadas «anclas» que afectan a los jueces con o sin experiencia, independientemente si el ancla la introdujo una persona experta o inexperta en la materia o si la cifra es extremadamente alta o baja, señala que, incluso habiendo advertido y explicado los efectos del anclaje, las personas influenciadas no lograron quitarse «el ancla». Agrega que es probable que el primer dato numérico presente en el recuerdo del juez influya en mayor medida en su decisión que las anclas posteriores.[10] Aspectos muy importantes, con toda certeza, para los litigantes, pero sobre todo para los árbitros que deberán estar atentos a estas influencias para analizar los hechos, los daños, las evidencias, su valoración y consecuencias.

Por todo ello, es de la mayor relevancia realizar un ejercicio interpretativo conscientes de nuestra naturaleza emocional, con raciocinio profundo, usando los métodos y principios más conocidos, analizando los hechos, esclareciendo las posiciones de las partes, para luego plasmar de la manera más clara posible las consideraciones por las cuales se dicta el laudo, en el sentido de que el tribunal ha decidido, ejerciendo la responsabilidad de administrar justicia.

En consecuencia, consideramos es indispensable, la preparación, el estudio del caso, el pensamiento crítico, la aproximación valorativa a los daños y el análisis de las pruebas con un desarrollo claro, preciso y congruente de los argumentos que le den sustento al laudo.

---

10 DE LA JARA, Jose María. *Op. cit.*, pp. 320-321.

6. LA MOTIVACIÓN

Todo lo anterior me lleva a una última arista en la mirada a la redacción del laudo, que es la de la motivación. En mi opinión, la calidad del laudo no se mide por la extensión ni por el uso de retórica jurídica, frases en latín o referencias profusas a la doctrina más ilustrada.

No está de más recordar que el tribunal debe resolver con arreglo a derecho, así como a lo alegado y probado por las partes. El tribunal no puede modificar las pretensiones de las partes. El tribunal no puede suplir las deficiencias de las partes. En ese cuidado, la redacción del laudo debe dar paso, como dijimos anteriormente, a la coherencia, al razonamiento y a la argumentación jurídica con claridad.

El deber de motivación del laudo no puede medirse con el estándar de las sentencias judiciales. Sin embargo, el laudo debe contener un razonamiento que exponga de manera nítida los fundamentos de hecho y de derecho, la valoración de las pruebas, entre otros aspectos, de modo tal que den cuenta de la tutela efectiva de los derechos y que las partes puedan conocer su contenido entendiendo con fluidez los alcances del pronunciamiento.

No se puede eludir la tarea de hacer una buena motivación, entendiendo por tal aquella de la cual se desprendan las razones por las que se emite el laudo en determinado sentido, con la mira puesta en una decisión razonada, ordenada y clara.

Hay discrepancias sobre cómo debe ser la motivación, las palabras «adecuada», «buena» son insuficientes para describir a qué nos referimos para cumplir con el deber de motivar. Por mi parte, sostengo que motivar no es poner un mínimo ni un enorme sustento, pero considerando que para analizar el caso hay que poner en práctica métodos de interpretación del contrato, analizar los argumentos esgrimidos por las partes,

valorar las pruebas, el *cómo* se traslada todo eso a la decisión solo es posible a través de un esquema racional que le dé una estructura clara y ordenada a la decisión.

Alfredo Bullard dice: «Las partes suelen tener más interés en la solidez y la conservación del laudo que en la calidad de la decisión».[11] Esta afirmación viene precedida de una amplia exposición sobre el deber de motivar, sobre el cual menciona que la doctrina suele ser bastante reacia a la convertir el deber de motivar en una carga onerosa para los árbitros que les exige motivaciones complejas o sofisticadas.[12]

Estamos de acuerdo con que la motivación en el laudo no debe ser una carga pesada ni exigir complejas o sofisticadas motivaciones. Sin embargo, en el laudo el sentido de la decisión que contiene, tiene uno o más razonamientos que lo respaldan y considerando que la decisión va a surtir efecto en terceros, la única forma de darle solidez, en nuestra opinión, es precisamente exponiendo el sentido de la decisión de manera ordenada, clara, con estructura, sin necesidad de introducir complejos enunciados ni abundante doctrina salvo, en los casos que los árbitros la consideren necesarios, para ilustrar alguno de los fundamentos de su decisión. Es la exposición de ese razonamiento la que debe proporcionar claridad y solidez al laudo. En ese mismo sentido va nuestra mirada a la argumentación jurídica que no solo requiere de argumentación sino de conocimientos, del razonamiento, el análisis crítico del caso, para luego transmitir con claridad las ideas y el sentido de la decisión.

En esa perspectiva no está la preocupación del cuestionamiento judicial del laudo, sino en el deber de motivar y el derecho de las partes a conocer claramente el sentido y el porqué de la decisión.

---

11 BULLARD, Alfredo. *Op. cit.*, p. 401.

12 *Idem*, p. 389.

De hecho, el artículo 62 de la Ley de Arbitraje, respecto al recurso de anulación, en el inciso 2 establece: «[…] Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral».

Finalmente, con estas reflexiones, invito a hacer uso de las capacidades de las que estamos dotados los seres humanos para analizar, interpretar las materias en controversia y, con conciencia de nuestras emociones, producir decisiones racionales, con calidad y claridad en los laudos, con la mirada puesta en que esas decisiones están destinadas a producir efectos sobre terceros.

Como diría William James,[13] los insondables designios de la naturaleza han mezclado en nosotros «fuego y arcilla, cerebro y mente» en una amalgama. Hacer uso de este valioso patrimonio personal es un compromiso con nosotros mismos para producir modelos mentales con suficiente información, aplicando el marco legal, interpretando los hechos y reglas con la plena convicción de haber hecho un análisis profundo, para finalmente tomar una decisión con la mejor información posible, considerando que el laudo arbitral está destinado a administrar justicia.

7. BIBLIOGRAFÍA

BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Milán: Giuffrè, 1998, tomo 3.

BULLARD, Alfredo. «Comentarios sobre el contenido del laudo». En BULLARD, Alfredo (editor). *Litigio arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva*. Lima: Palestra, 2015.

DE COHAN, Nuria. «Los sesgos cognitivos en la toma de decisiones». En *International Journal of Psychological Research*, 2008, n.° 1, vol. 1.

13 *Principios de Psicología*, 1918.

DE LA JARA, Jose María. «Condenados por intuición: el cerebro del juez en la determinación del daño y del factor de atribución». En BULLARD, Alfredo (editor). *Litigio arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva*. Lima: Palestra, 2015.

FERNÁNDEZ RUIZ, Graciela. «La argumentación jurídica». En FERNÁNDEZ RUIZ, Graciela. *Argumentación y lenguaje jurídico: aplicación al análisis de una sentancia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. México D.F.: UNAM, 2011. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3016/7.pdf >, pp. 74-97.

TALAVERA, Andres; FERRUZO, Giafranco y Cinthya DÍAZ PEÑA. «La hermenéutica y el arbitraje: la labor interpretativa del árbitro». En BULLARD, Alfredo (editor). *Litigio arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva*. Lima: Palestra, 2015.

ALGUNAS NOTAS SOBRE EL LAUDO

Irma Rivera-Ramírez [*] [**]

Sumario: 1. Notas introductorias.— 2. La búsqueda de una definición del laudo.— 2.1. Las definiciones propuestas por la doctrina.— 2.2. Algunos aspectos relacionados con una definición de laudo.— 2.3. La definición o su alcance en relación con la ley de la sede del arbitraje.— 3. Una aproximación al concepto desde las decisiones que se reconocen como laudo.— 3.1. Laudo final.— 3.2. Laudo parcial.— 3.3. Laudo provisional.— 3.4. Laudo por consentimiento.— 4. Conclusiones.— 5. Referencias.

1. NOTAS INTRODUCTORIAS

El laudo constituye la expresión última del desarrollo de un trámite arbitral. En ese documento se incluye la decisión que materializa el poder que las partes, en uso de la autonomía de la voluntad, conceden a particulares para que estos decidan una determinada controversia de forma vinculante y definitiva. Pese a la importancia del laudo dentro del

[*] Abogada por la Universidad Sergio Arboleda. Socia de Brigard & Urrutia Abogados. Docente de la cátedra de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos en la Universidad Sergio Arboleda. Árbitra en varias instituciones.

[**] Agradezco especialmente a las doctoras Edna Lucía Ferreira y Sofía Jaramillo Cuartas por su apoyo en este artículo.

trámite arbitral, la doctrina no es pacífica respecto a la definición del mismo.[1]

La necesidad de definir el laudo no surge de una simple inquietud académica. Por el contrario, el hecho de que una decisión arbitral revista la calificación de laudo permite que las partes (i) puedan buscar su reconocimiento y, por ende, su exigibilidad en una determinada jurisdicción; o, incluso, (ii) ejerzan los mecanismos dispuestos en los ordenamientos internos para cuestionar dichas decisiones, entre otros.[2] Así, si bien el tribunal arbitral puede decidir múltiples cuestiones a lo largo del proceso, no todas esas decisiones van a ser usadas de la misma forma por las partes.

Lo anterior conlleva a preguntarse cómo se determina que una decisión pueda ser reconocida y exigible. La respuesta inicial sería que cada país debe decidirlo en su ordenamiento jurídico y dependerá de los tratados internacionales a los que se haya adherido. No obstante, la dificultad de encontrarse con decisiones judiciales diferentes —e incluso contradictorias— al respecto, en distintos ordenamientos jurídicos, incentivó la suscripción tratados internacionales que buscan unificar, o cuando menos armonizar, el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales en el mundo.[3] Tal vez el más importante de estos instrumentos es la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales de 1958 (en adelante, la Convención de Nueva York).

---

1 PETERS, Philipp y Christian KOLLER. «The Award and the Courts - The Notion of Arbitral Award: An Attempt to Overcome a Babylonian Confusion». En *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2010, pp. 137-169.

2 Para profundizar en los diferentes efectos que se le reconocen al laudo arbitral consultar: GAILLARD, Emmanuel y John SAVAGE. «The Arbitral Award». En GAILLARD, Emmanuel y John SAVAGE (editores). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, pp. 735-780., 1999.

3 En un mismo sentido, la Convención Interamericana también habla únicamente de laudo arbitral (artículos 4 y 5), al igual que la Convención Europea en materia de arbitraje comercial internacional (artículo I(1)(b), artículo VIII y artículo IX.

Por definición propia, la Convención de Nueva York solo aplica a «laudos»,[4] y no a otro tipo de decisiones o determinaciones de un tribunal arbitral. En consecuencia, la exigibilidad y reconocimiento de una decisión proferida por un tribunal arbitral en una jurisdicción determinada, parte de la Convención de Nueva York, se verá condicionada a que esa decisión sea proferida bajo la forma de «laudo».[5]

De igual manera, solo aquellas decisiones que revistan la clasificación de laudo podrán ser objeto de recursos judiciales posteriores, tales como el de anulación.

Así las cosas, en el siguiente análisis (i) se describirá el desarrollo y las características que ha tenido el concepto de laudo en el marco del del arbitraje comercial internacional; y (ii) se estudiarán los diferentes tipos de decisiones que ya han sido reconocidas como laudos en la práctica arbitral.

2. LA BÚSQUEDA DE UNA DEFINICIÓN DEL LAUDO

No existe actualmente una definición de laudo en los diferentes tratados internacionales. Basta analizar la Convención de Nueva York para corroborarlo. En efecto, pese a que este instrumento se titula Convención

---

4 El artículo primero de la Convención de Nueva York señala: «La presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. Se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución».

5 Convención de Nueva York, artículo IV: «Para obtener el reconocimiento y la ejecución previstos en el artículo anterior, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución deberá presentar, junto con la demanda: a) El original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas pare su autenticidad. b) El original del acuerdo a que se refiere el artículo II, o una copia que reúna las condiciones requeridas pare su autenticidad. 2. Si esa sentencia o ese acuerdo no estuvieran en un idioma oficial del país en que se invoca la sentencia, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución de esta última deberá presentar una traducción a ese idioma de dichos documentos. La traducción deberá ser certificada por un traductor oficial o un traductor jurado, o por un agente diplomático o consular».

«sobre la ejecución y reconocimiento de sentencias arbitrales [que para este artículo se denomina laudo] extranjeras», no incluye ninguna definición del objeto mismo que pretende regular. Su artículo segundo, en un esfuerzo por definir su ámbito de aplicación, señala que serán laudos no solo aquellas decisiones que dicten árbitros nombrados por las partes, sino también aquellos que profieran órganos arbitrales permanentes.[6] No obstante, esta disposición no identifica los elementos que deben caracterizar a una decisión para que la misma pueda ser considerada como un laudo.

La Convención de Nueva York fue el punto de partida en la búsqueda de definición de laudo dado que es el tratado con mayor reconocimiento a nivel mundial. Sin embargo, el anterior análisis se replica en la Convención Interamericana, para la Convención Europea e incluso para la Convención del Ciadi en materia de arbitraje internacional de las inversiones. Ninguno de estos instrumentos internacionales contiene una definición del laudo, como tampoco lo hacen la mayoría de las legislaciones nacionales[7] o reglamentos arbitrales en el mundo.[8]

De hecho, la dificultad de definir esta figura se evidenció durante las sesiones de trabajo para la redacción de la ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, CNUDMI) sobre arbitraje internacional (en adelante, la Ley Modelo). Si bien en estas sesiones se alcanzó a proponer una definición de laudo, la misma no fue adoptada. Precisamente, bajo la consideración

---

6 La Convención, artículo 1(2): «La expresión "sentencia arbitral" no solo comprenderá las sentencias dictadas por los árbitros nombrados para casos determinados, sino también las sentencias dictadas por los órganos arbitrales permanentes a los que las partes se hayan sometido».

7 De acuerdo con el profesor Gary Born, solo existe una definición de laudo arbitral en la ley arbitral de Nueva Zelanda y Singapur. BORN, Gary. «Legal Framework for International Arbitral Awards». En *International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2020, tercera edición, pp. 3143-3259.

8 El reglamento de arbitraje de la CNUDMI no trae una definición de laudo, tampoco lo hace el reglamento de 2021 de la CCI.

de que no se contaba con el tiempo para analizar el tema con la profundidad requerida, dado la controversia que suscitaba.[9]

La definición propuesta en dicha oportunidad fue la siguiente:

> Sentencia arbitral se refiere a la sentencia final que resuelve todas las controversias sometidas al conocimiento del tribunal arbitral y toda otra decisión que adopte el tribunal arbitral que decida de forma definitiva cualquier asunto relacionado con el fondo de la controversia, con la cuestión de su competencia o con cualquier otro asunto procesal pero, en el último caso, solo si el tribunal identifica su decisión como laudo.[10]

Esta definición permite identificar los aspectos centrales del debate, los cuales se pueden resumir en las siguientes preguntas: ¿puede ser una decisión sobre la competencia del tribunal ser calificada como laudo? O incluso, ¿una orden procesal que no resuelve de forma definitiva una controversia podría ser calificada por el tribunal como laudo?

El cuestionamiento subyacente a estas preguntas no es otro que identificar la finalidad última del laudo, pues desde la perspectiva de algunos autores solo decisiones finales y en firme sobre aspectos sustanciales podrían ser caracterizadas como laudos,[11] excluyendo así decisiones de tipo simplemente procesal que podrían tener significancia práctica importante como es el caso de decisiones relativas a las medidas cautelares.

---

9 MARIOTTINI, Cristina y Burkhard HESS. «Chapter 3: The Notion of Arbitral Award». En Franco FERRARI y Friedrich ROSENFELD. *Autonomous Versus Domestic Concepts under the New York Convention*. The Hague: Kluwer Law International, 2021, pp. 27-51.

10 Traducción propia de la definición propuesta: «"Award" means a final award which disposes of all issues submitted to the arbitral tribunal and any other decisions of the arbitral tribunal which finally determines any question of substance or the question of its competence or any other question of procedure but, in the latter case, only if the arbitral tribunal terms its decision an award». Consultado en MARIOTTINI, Cristina y Burkhard HESS. *Op. cit.*

11 BORN, Gary. *Op. cit.*

2.1. Las definiciones propuestas por la doctrina

El hecho de que no exista una definición de orden normativo del laudo no ha sido impedimento para que la doctrina especializada construya sus propias acepciones. Claro está, con las diferencias y matices propios de cada autor. Sin perjuicio de la amplitud de la discusión, un punto de partida se encuentra en la definición propuesta por el respetado profesor Gary Born.

En su texto *Arbitraje comercial internacional*, el profesor Born señala que el laudo: (i) debe resultar de un acuerdo de las partes para dirimir sus controversias a través del arbitraje; (ii) debe contener las características formales mínimas que son inherentes a este tipo de decisión; y, (iii) debe resolver de fondo un aspecto sustancial, y no un asunto procesal.[12]

Antes de entrar de lleno en el debate respecto a las controversias que se suscita dicha definición, un breve resumen de los elementos propuestos por el profesor Born como aquellos connaturales al laudo.

En primer lugar, el laudo debe ser producto de un acuerdo de las partes para dirimir sus controversias a través de un trámite arbitral. En ese sentido, no podrá ser un laudo la decisión que se profiera en virtud de una conciliación, un *dispute board* (órgano técnico que dirime diferencias) o del ejercicio del litigio ante el juez nacional. De igual manera, plantea el profesor Born que solo podría definirse como laudo, particularmente, a la luz de la Convención de Nueva York, aquellas decisiones que se profieran como resultado de un pacto *voluntario* de arbitraje, excluyendo así todas aquellas decisiones que se adopten en virtud de un arbitraje impuesto a una de las partes en virtud de una directiva administrativa o legislativa.[13]

---

12 *Ibidem*.

13 En relación con esta característica, el señor Gary Born se sustenta en el reporte de la delegación norteamericana en la conferencia de Arbitraje Comercial Internacional en 1985.

En un segundo lugar, en relación con los requisitos formales que deberá cumplir el laudo, se advierte que, pese a que la Convención de Nueva York no lo establece de forma expresa, de una lectura de sus disposiciones se puede inferir que el mismo deberá constar por escrito,[14] lectura que se reafirma a la luz de otros instrumentos como la Ley Modelo, la Convención Interamericana o la revisión de las legislaciones nacionales en las cuales solo de forma muy excepcional se acepta la validez de un laudo oral.[15] Asimismo, sobre la forma mínima del laudo, la legislación de la sede del arbitraje podría exigir algunos requisitos adicionales como la fecha, la firma de los árbitros, entre otros. Si bien estos elementos no condicionan la existencia del laudo, sí podrán ser determinantes para la validez de la decisión en un ordenamiento específico.[16]

Por último, de conformidad con la definición propuesta por el profesor Born, solo podrá considerarse como laudo aquella decisión que dirima de fondo un aspecto sustancial. De este último elemento se derivan dos consecuencias centrales a la discusión. En primer lugar, no podrían considerarse como laudos aquellas decisiones provisionales que puedan ser revisadas o modificadas con posterioridad por el mismo tribunal, en el entendido de que solo las decisiones finales y vinculantes para las partes son consideradas como laudo. En segundo lugar, surge la pregunta si esta definición excluye de forma definitiva cualquier tipo de decisión procesal que sea proferida por el panel arbitral en el desarrollo de su misión.

Los dos primeros elementos de la definición, esto es, la necesidad de contar con un pacto voluntario de las partes para arbitrar su controversia, y que se cumpla con los requisitos de forma mínimos, no plantean mayor problema o discusión en la doctrina o la práctica. El debate que

---

14 Así, por ejemplo, el artículo IV de la Convención de Nueva York exige para el reconocimiento y ejecución del laudo, la presentación de un original o copia auténtica de la decisión, así como su traducción en caso de que no estuviera en un idioma oficial del país donde se invoca.

15 Por ejemplo, solo Acto Inglés de Arbitraje de 1996, artículo 31: «El laudo deberá constar por escrito a menos de que las partes acuerden lo contrario».

16 GAILLARD, Emmanuel y John SAVAGE. *Op. cit.*, p. 2.

suscita la búsqueda de una definición de laudo se centra en ese tercer elemento de la definición del profesor Born.[17]

2.2. Algunos aspectos relacionados con una definición de laudo

Para entender los distintos puntos de vista que se han presentado respecto a este tercer elemento de la definición propuesta por el profesor Gary Born, resulta relevante entender qué diferencia una orden procesal de una decisión sustancial que decida de fondo una controversia, estas últimas, serían las que serían objeto de ser reconocidas como laudos.

Al respecto, se señala que una orden procesal es aquella en virtud de la cual los árbitros no deciden de forma sustancial y definitiva una controversia, sino que permite fijar las reglas de juego entre las partes para el desarrollo del trámite arbitral.[18] Así, la orden procesal busca simplemente direccionar y conducir el proceso de la mejor manera. Algunos ejemplos de este tipo de determinaciones son las que fijan el calendario procesal, citan a audiencia, decisiones relativas a la práctica de pruebas, entre otras. En contraposición a la orden procesal, para determinar si se está frente a un laudo, el análisis se centra en evaluar si el tribunal adoptó una decisión final sobre una o todas las reclamaciones y pretensiones de las partes, adjudicando la titularidad de un derecho objeto de discusión.[19]

Si bien, en principio, la diferencia parece clara, múltiples interpretaciones han creado zonas grises que tornan el análisis interesante. Como señala los profesores Fouchard, Gaillard y Goldman: que una decisión constituya un laudo no depende de los términos utilizados por los árbitros o las partes, sino de la naturaleza misma de la decisión.[20]

---

17 MARIOTTINI, Cristina y Burkhard HESS. *Op. cit.* p. 9.
18 Tribunal Federal suizo, sentencia del 13 abril de 2010, DFT 4A_582/2009, párr. 2.3.1.
19 BORN, Gary. *Op. cit.*, p. 11.
20 GAILLARD, Emmanuel y John SAVAGE. *Op. cit.*, p. 2.

En relación con la complejidad que reviste la diferenciación entre actos procesales y laudos, cabe mencionar que una parte de la doctrina[21] y algunas cortes nacionales[22] han reconocido que las órdenes procesales que resuelvan de forma definitiva una controversia entre las partes también deberán considerarse como laudos, adoptando para el efecto de dicho análisis una definición amplia de aquello que se entiende como una controversia.[23] Como ejemplo de lo anterior, resulta especialmente interesante referirse a las decisiones concernientes a la suspensión del trámite arbitral, las decisiones que ordenan la exhibición de documentos por una de las partes y a aquellas relativas a la práctica de medidas cautelares. Las decisiones relativas a medidas cautelares podrían pensarse como simples órdenes procesales; no obstante, han sido reconocidas como laudos para efectos de su revisión o reconocimiento.

En relación con decisiones relativas a la suspensión del proceso arbitral, la Corte de Apelaciones de París sostuvo en el caso Brasoil vs. GMRA que, dado que el tribunal había analizado de fondo los argumentos contrarios de las partes, la decisión de rechazar la suspensión del proceso tenía una naturaleza judicial y, por ende, debía reconocerse como laudo.[24]

---

21 *Ibidem*.

22 Ver, por ejemplo, sentencia del 1 de julio de 2000 proferida por la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito Federal de Estados Unidos, Publicis Commc'n vs. True N. Commc'ns, Inc.; sentencia de la Corte de Apelaciones de Paris del 1 de julio de 1999, Brasoil vs. GMRA.

23 GAILLARD, Emmanuel y John SAVAGE. *Op. cit.*, p. 2.

24 Corte de Apelaciones de París, sentencia del 1 de julio de 1999, Braspetro Oil Services Co. vs. The Management and Implementation Authority of the Great Man-Made River Project: «The qualification of [a decision as an] award does not depend on the terms used by the arbitrators or by the parties […] after a five-month deliberation, the arbitral tribunal rendered the "order" of 14 May 1998, by which, after a lengthy examination of the parties' positions, it declared that the request could not be granted because Brasoil had not proven that there had been fraud as alleged. This reasoned decision —by which the arbitrators considered the contradictory theories of the parties and examined in detail whether they were founded, and solved, in a final manner, the dispute between the parties concerning the admissibility of Brasoil's request for a review, by denying it and thereby ending the dispute submitted to them— appears to be an exercise of its jurisdictional power by the arbitral tribunal Notwithstanding its qualification as an "order" the decision of 14 May 1998 […] is thus indeed an award».

Asimismo, la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito Federal de Estados Unidos encontró que una decisión de un tribunal de ordenar la exhibición de documentos a una de las partes constituía un laudo. Para la Corte de Apelaciones esta decisión buscaba ser definitiva y versaba sobre un elemento sustancial de la controversia que llevó a las partes a un proceso arbitral, sin que se erigiera en una limitación para su exigibilidad el hecho de que no existiera una decisión respecto a todos los asuntos de la controversia.[25]

En cuanto al ya mencionado reconocimiento de decisiones sobre medidas cautelares como laudos, existe un amplio debate. Mientras algunas jurisdicciones las reconocen como laudos,[26] en otras se niega tal categorización, indicando que estas son únicamente órdenes procesales.[27]

Este debate también se plantea respecto a las decisiones que se profieren con ocasión de la figura del árbitro de emergencia, en las que también existe diversidad de respuestas sobre si estas constituyen laudos[28] o simples órdenes procesales,[29] especialmente considerando que sus decisiones siempre serán objeto de modificación por el tribunal arbitral definitivo.

El debate en relación con la caracterización de las medidas cautelares es apenas evidente. Este tipo de decisiones no deciden de forma definitiva una controversia entre las partes ni adjudican la titularidad de un

---

25 Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito Federal de Estados Unidos, sentencia del 1 de julio de 2000.

26 BORN, Gary. *Op. cit.*, p. 11.

27 Ver, por ejemplo, Quixtar Inc. vs. Brady, 2008 U.S. Dist. LEXIS 111811, at *50.

28 2020 reglamento LCIA artículo 9(8) Reglamento ICDR 2014, artículo 6(4), Corte de Casación Civil de Francia, sentencia del 12 de octubre de 2011, Caso n.º 09-72.439, Alta Corte de Bombay, HSBC PI Holdings (Mauritius) Ltd vs. Avitel Post Studioz Ltd., 2014 SCC Online BOM 102.

29 Reglamento de la CCI de 2021, apéndice V, artículo 6.1: «De conformidad con el artículo 29(2) del Reglamento, la decisión del árbitro de emergencia deberá adoptar la forma de una orden (la "Orden")».

derecho, pero la utilidad práctica de reconocerlas como laudo en aquellas legislaciones en las que no se cuenta con una regulación especial para su reconocimiento es indiscutible. Tal utilidad se refiere a la posibilidad de que una corte las reconozca y exija coercitivamente su cumplimiento.

Todo lo anterior denota las dificultades que conlleva definir el laudo como determinaciones que resuelvan de forma definitiva aspectos sustanciales de una controversia, en contraposición de órdenes meramente procesales.

Por otro lado, también cabe analizar si una decisión parcial sobre un aspecto de la controversia, pero en la que no se decide la totalidad de la cuestión puesta a consideración del tribunal ni se efectúa condena alguna, podría considerarse como laudo. Por ejemplo, en determinaciones relativas a la jurisdicción y competencia del tribunal, a la ley aplicable o a la validez del contrato como ejemplos prácticos de este punto del debate.

De acuerdo con los profesores Fouchard, Gaillard, y Goldman, una decisión parcial en virtud de la cual los árbitros resuelven de forma definitiva un aspecto de la controversia debe considerarse como laudo. Lo anterior, independientemente de que la decisión decida o no sobre la totalidad de la pretensión, o de que no se reconozca una condena a favor de una de las partes.[30] Esta posición ha sido adoptada por ciertas cortes nacionales.[31] No obstante, otras cortes y autores han señalado que mientras el tribunal no decida de forma definitiva la controversia principal, dicha decisión parcial no podrá caracterizarse como un laudo.[32]

---

30 *Ibidem*.

31 Ley Inglesa de Arbitraje, 1996, §47; Código Judicial Belga, artículo 1713; Código de Procedimiento Civil de Países Bajos, artículo 1049; Ley sueca de Arbitraje §29; Estatuto arbitral Chino, artículo 55; Ley Peruana de Arbitraje, artículo 54; Ley brasileña de Arbitraje, artículo 23(1).

32 Sentencia de la Corte Suprema de Rusia del 4 de febrero de 2000, Caso n.º 5-Г00-4.

En conclusión, existen múltiples criterios para definir qué es un laudo y ello se ha reflejado en la diversidad de decisiones judiciales que adoptan una u otra postura. En consecuencia, el análisis dependerá de la concepción que adopte una corte específica al determinar si efectivamente cuenta con una decisión que se reconozca como laudo y que, por ende, pueda ser objeto de reconocimiento, exigibilidad o eventualmente anulación bajo la Convención de Nueva York u otros mecanismos internacionales.

2.3. La definición o su alcance en relación con la ley de la sede del arbitraje

Otro tema relevante en este análisis es el de la ley aplicable al laudo. Cabe recordar que en el arbitraje internacional conviven varias leyes aplicables a diferentes aspectos del trámite arbitral. Sin extenderse en esos pormenores, se advierte que la determinación de cuál es la ley relevante para determinar la posible definición de laudo suscita controversias.[33]

La ley de la sede del arbitraje se aplicará al analizar recursos judiciales posteriores contra el laudo, tal como el de la anulación.[34] Cabe mencionar que la ley de la sede es la regulación interna en materia arbitral de una determinada jurisdicción. En varios casos se ha tomado la Ley Modelo para incorporarla como regulación arbitral en el ordenamiento internos de los países. Esas normas internas, en materia de arbitraje suelen incluir requisitos y características para que una decisión sea considerada un laudo, dentro de esos requisitos se encuentran elementos formales con los que deberá cumplir la decisión para ser considerada como un laudo susceptible de ser cuestionado a través de recursos judiciales.[35] No obstante, nuevamente, más allá de requisitos no se encuentra una definición de laudo como tal, por lo que la última palabra la tendrán las cortes de cada jurisdicción.

---

33 PETERS, Philipp y Christian KOLLER. *Op. cit.*, p. 1.
34 *Ibidem*.
35 *Ibidem*.

El mismo caso se presenta cuando se busca el reconocimiento y exigibilidad de una decisión arbitral. Cada corte del país donde se persiga dicho reconocimiento determinará si la decisión constituye un laudo que se encuentre dentro del alcance de la Convención de Nueva York.[36]

Sin perjuicio de lo anterior, varios autores coinciden en que, en general, deben prevalecer los criterios determinados en la Convención de Nueva York y demás instrumentos internacionales,[37] los cuales se rigen por una ideología prorreconocimiento y ejecutabilidad de las decisiones arbitrales.

3. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DESDE LAS DECISIONES QUE SE RECONOCEN COMO LAUDO

Independiente de las diferentes aproximaciones que establece la doctrina y las legislaciones nacionales para determinar aquellas decisiones que corresponden a un laudo, resulta interesante analizar el concepto a partir del estudio de los principales tipos de decisiones que se han reconocido como laudos en las diferentes esferas del arbitraje internacional, ya sea por la doctrina, los reglamentos arbitrales, las leyes nacionales o por las cortes nacionales. Lo anterior como una herramienta en la clasificación de una decisión arbitral como laudo, desde una perspectiva práctica.

Resulta importante señalar que el reconocimiento de las decisiones que se enuncian a continuación como laudos, dependerá, en todo caso, de la legislación en la que se persigan los efectos connaturales de reconocer una decisión arbitral como un laudo, es decir, lo que las regulaciones arbitrales de determinada jurisdicción establezcan respecto a la posibilidad de perseguir la nulidad, reconocimiento, entre otros.

---

36 BORN, Gary. *Op. cit.*, p. 11.

37 MARIOTTINI, Cristina y Burkhard HESS. *Op. cit.*, p. 9.

3.1. Laudo final

Se ha denominado como «laudo final» a diferentes tipos de decisiones arbitrales, sin que exista un único concepto asociado al término.[38] Así, se encuentran autores que identifican esta definición únicamente con aquellas decisiones mediante las cuales el tribunal decide todos los aspectos puestos a su conocimiento o aquellos pendientes de decisión, agotando de esta manera su competencia.[39] De igual manera, otros autores señalan que un laudo solo será final cuando este ya no pueda ser objeto de revisión judicial.[40] Por último, también se encuentra otro sector de la doctrina que advierte que solo será final aquel laudo que resuelve de forma definitiva, una o todas las pretensiones de las partes y el cual alcanza tal grado de finalidad que puede ser objeto de reconocimiento en otra jurisdicción.[41]

Tal vez la definición más clara y acogida es aquella según la cual el laudo final es la última decisión proferida por los árbitros designados, en la que se resuelven incluso aspectos asociados a las costas e intereses.

3.2. Laudo parcial

Los laudos parciales constituyen decisiones en virtud de las cuales los árbitros deciden de forma definitiva y final algunas de las pretensiones de las partes, pero no su totalidad.[42] Es decir, este tipo de decisión se contrapone a un fallo global de las pretensiones.

La adopción de laudos parciales se ha explicado en términos de eficiencia procesal. Estas permiten al tribunal y a las partes resolver un caso

---

38 PETERS, Philipp y Christian KOLLER. *Op. cit.*, p. 1.

39 BORN, Gary. *Op. cit.*, p. 11.

40 Ver las decisions citadas en este sentido por BORN, Gary. *Op. cit.*, p. 32: «P.R. Maritime Shipping Auth. v. Star Lines Ltd, 454 F.Supp. 368, 372 (S.D.N.Y.); Quixtar Inc. v. Brady, 2008 WL 5386774, at *13-14 (E.D. Mich.), aff'd, 328 F.App'x 317 (6th Cir. 2009)».

41 BORN, Gary. *Op. cit.*, p. 11.

42 PETERS, Philipp y Christian KOLLER. *Op. cit.*, p. 11.

complejo por etapas, pues les concede a todos los sujetos procesales la oportunidad de concentrarse en el aspecto específico que sería objeto de un laudo parcial.

La posibilidad de proferir laudos parciales se encuentra planteada en numerosas legislaciones y ha sido reconocida en la mayoría de los reglamentos arbitrales.[43] Sin embargo, tanto los profesores Fouchard, Gaillard, y Goldman[44] como el profesor Born[45] coinciden en el entendimiento de que incluso de no existir una disposición que expresamente habilite a los árbitros para adoptar un laudo parcial, estos pueden así determinarlo como parte de la autoridad procesal con la que cuenta el árbitro para conducir el trámite arbitral.

Dado que estas decisiones son definitivas para algún aspecto de la controversia, se ha aceptado, en términos generales, que las mismas pueden ser reconocidas y objeto de anulación en los términos de la Convención de Nueva York.[46] No obstante, se reitera que este punto deberá ser analizado a la luz de la ley de la sede, si se busca la anulación del laudo, o de la ley aplicable del lugar donde se busca el reconocimiento de la decisión.

La anterior precisión es importante en la medida en que existe controversia sobre si los laudos parciales en los que el tribunal arbitral decide respecto de su jurisdicción y competencia son verdaderamente laudos, objeto de posible revisión por una corte nacional. Los diferentes estados han adoptado posiciones diversas para hacer frente a esta pregunta. Así, mientras que en algunos ordenamientos internos se reconoce este tipo

---

43 Artículo 27(6) del Reglamento de Arbitraje LCIA, artículo 34(1) de las reglas Uncitral, artículo 2(v) reglamento de la CCI, artículo 29(1) del Reglamento del Centro Internacional para la Resolución de Disputas.

44 GAILLARD, Emmanuel y John SAVAGE. *Op. cit.*, p. 2.

45 *Ibidem*.

46 En ese sentido, se pronunciaron Philipp Peters y Christian Koller; Emmanuel Gaillard y John Savage; y el profesor Gary Born.

de decisión como laudo,[47] otros simplemente le otorgan una clasificación de orden o directriz.[48]

3.3. Laudo provisional

En varios escenarios se entiende el laudo provisional como un sinónimo del laudo parcial. No obstante, en otros tiene una acepción diferente y específica.[49]

El laudo provisional es usado en algunas ocasiones y con mayor precisión para referirse a aquella decisión en virtud de la cual el tribunal no resuelve de forma definitiva sobre una pretensión específica —como sí lo haría en un laudo parcial—, decidiendo en su lugar sobre un aspecto puntual de la pretensión. Ejemplos de lo que podría considerarse un laudo provisional son una decisión respecto a la interpretación de una cláusula contractual, la determinación de la ley aplicable o la decisión sobre la atribución de responsabilidad, sin entrar aun a fijar la condena en el caso concreto. Es decir, este tipo de decisiones constituyen una etapa previa a la decisión definitiva de un aspecto puntual de una controversia, pero no acogen o rechazan ninguna pretensión.

Asimismo, la doctrina especializada entiende que también se puede clasificar como laudo provisional aquella decisión mediante la cual el tribunal accede o niega una medida cautelar como un mecanismo de remedio temporal.[50] Este tipo de decisión sería simplemente provisional, pues la misma estará sujeta a revisión posterior del propio panel arbitral.

---

47 Corte Suprema de Queensland, Australia, sentencia del 27 de junio de 2000, caso Austin John Montague vs. Commonwealth Development Corporation, Apelación n .º 8159 of 1999.

48 Corte Suprema de Justicia de Suecia, sentencia del 12 de noviembre 2010, Caso n.º Ö 2301-09, párr. 13

49 GIRSBERGER, Daniel y Nathalie VOSER. «Chapter 7: The Award». *En International Arbitration: Comparative and Swiss perspective*. The Hague: Kluwer Law Internacional, 2016, pp. 365-430.

50 Al respecto ver exposición BORN, Gary. *Op. cit*., p. 11.

Respecto a las decisiones provisionales existe mayor controversia en relación con el hecho de si estas pueden constituir o no laudos a la luz de la Convención de Nueva York y demás instrumentos internacionales o, lo que es lo mismo, de si pueden ser objeto de reconocimiento o anulación en una determinada jurisdicción. Una vez más, determinar si este tipo de decisiones constituyen un laudo a la luz de dichos instrumentos dependerá completamente del ordenamiento donde se pretenda perseguir los efectos derivados de los mismos.

3.4. Laudo por consentimiento

Esta clasificación se refiere a aquella en que los árbitros aceptan incluir en un documento, que cumple con los requisitos formales propios del laudo, un acuerdo alcanzado por las partes en el marco de un trámite arbitral.[51] Lo anterior bajo el entendido de que se garantiza un mayor grado de certeza del cumplimiento del acuerdo, pues el mismo podría ser exigible en los términos de la Convención de Nueva York. Si bien la Convención de Singapur sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación ya prevé mecanismos para el reconocimiento y ejecución de acuerdos producto de este tipo de mecanismos autocompositivos, su ratificación y aceptación en los diferentes ordenamientos nacionales no se compara todavía con el alcance que tiene la Convención de Nueva York.[52]

La posibilidad de que un acuerdo sea plasmado como un laudo se encuentra reconocida en varios reglamentos arbitrales y legislaciones nacionales.[53] No obstante, surge la pregunta de si este tipo de decisión

---

51 PETERS, Philipp y Christian KOLLER. *Op. cit.*, p. 1.

52 Al 16 de agosto de 2021, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación solo cuenta con seis Estados Parte. Disponible en <https://uncitral.un.org/es/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status>.

53 Artículo 34 (1 Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI; artículo 26 reglamento CCI; artículo 26(8) Reglamento LCIA s; artículo 29(1) Reglas de Estocolmo; artículo 34(1) Reglas arbitrales

puede realmente considerarse como un laudo a la luz de la Convención de Nueva York y demás instrumentos internacionales que regulan el reconocimiento y anulación de una decisión que profiera un tribunal arbitral.

Al respecto, el profesor Gary Born señala que no existe disposición en la Convención de Nueva York, como principal instrumento internacional para la regulación de los efectos del laudo arbitral, que permita predicar con certeza que este tipo de decisión constituye un laudo. Por el contrario, este manifiesta que pueden plantearse cuestionamientos respecto a su reconocimiento como tal en la medida de que este no resultaría de un ejercicio adjudicativo del tribunal, mediante el cual se resuelvan las posiciones contrarias de las partes.[54]

4. CONCLUSIONES

Existen diversas definiciones del concepto «laudo», el cual ha evolucionado dependiendo de normas internacionales, decisiones de los tribunales arbitrales, las cortes y, en ocasiones, de las normas de cada Estado. Consideramos que es un concepto que continúa en construcción y que con seguridad será materia de más pronunciamientos encaminados a que los conflictos sean resueltos y que las decisiones de los árbitros sean respetadas. Hoy en día existe un reto muy importante relacionado con el ajuste que podrían hacérsele a instrumentos internacionales que se encargan de promover el reconocimiento y ejecución de los mismos y que enfrentan el reto de ajustarse a los cambios jurídicos y tecnológicos que se están dando en nuestra sociedad.

suizas. Ley arbitral de Costa Rica, Ley arbitral República Dominicana, artículo 35(2); Estatuto arbitral peruano, artículo 50(1).

54 BORN, Gary. *Op. cit.*, p. 11.

5. REFERENCIAS

BORN, Gary. «Legal Framework for International Arbitral Awards». En *International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2020, tercera edición.

GAILLARD, Emmanuel y John SAVAGE. «The Arbitral Award». En GAILLARD, Emmanuel y John SAVAGE (editores). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

GIRSBERGER, Daniel y Nathalie VOSER. «Chapter 7: The Award». *En International Arbitration: Comparative and Swiss perspective*. The Hague: Kluwer Law Internacional, 2016.

MARIOTTINI, Cristina y Burkhard HESS. «Chapter 3: The Notion of Arbitral Award». En Franco FERRARI y Friedrich ROSENFELD. *Autonomous Versus Domestic Concepts under the New York Convention*. The Hague: Kluwer Law International, 2021, pp. 27-51.

PETERS, Philipp y Christian KOLLER. «The Award and the Courts - The Notion of Arbitral Award: An Attempt to Overcome a Babylonian Confusion». En *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2010.

DEBERES DEL ÁRBITRO QUE EXCEDEN LA VIGENCIA DEL CARGO

Jenifer Alfaro Borges [*]

Sumario: 1. Introducción.— 2. Deberes del candidato a árbitro.— 2.1. Comunicación unilateral con el candidato a árbitro.— 2.2. La abstención de comunicaciones *ex parte* como deber autónomo o aplicación del deber de imparcialidad e independencia.— 3. El deber de preservar la validez y ejecutabilidad del laudo.— 3.1. Medidas a tomar contra un laudo defectuoso.— 3.1.1. Corrección por error en el laudo.— 3.1.2. Requerimiento de aclaración o interpretación del laudo.— 3.1.3. Medida de corrección por *infra petita*.— 3.1.4. El mecanismo del reenvío del tribunal judicial al tribunal arbitral.— 4. Palabras finales.— 5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Estas reflexiones tienen por objeto destacar algunos deberes que se atribuyen a los árbitros en etapas en las cuales, en principio, no se

[*] Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Abogada y escribana (Universidad de la República). Fellow del CIArb (Chartered Institute of Arbitrators). Máster en Derecho de la Empresa (Universidad de Montevideo), además de haber completado el Máster en Derecho Comercial (UdelaR) y en Derecho Civil con énfasis contratos (Ucudal). Profesora de Derecho Comercial, Comercio Internacional y Arbitraje Internacional, en grado y posgrado. Directora del Colegio de Abogados del Uruguay y vicepresidenta de la Asociación de Escribanos del Uruguay. Integra el Comité Ejecutivo de la Unión Internacional de Abogados, donde es directora de Publicaciones y coordinadora del Foro de Juristas de lengua española. Ha publicado seis libros y más de 75 artículos. Presidenta de la asociación pro arbitraje y mediación Red ARB MED. Socia fundadora de Alphabeto Uruguay.

encuentran ejerciendo el «cargo». Existen conductas y/o tareas a cumplir que preceden a la designación o al cese, que pueden adquirir relevancia fundamental para un procedimiento arbitral.

Para empezar, cabe destacar que si bien las actuaciones arbitrales en principio terminan con la finalización de la tarea del árbitro (con la emisión del laudo), inician en forma previa a la constitución del tribunal arbitral. Véase, por ejemplo, que según el artículo 21 de la Ley Modelo Uncitral: «Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter esa controversia a arbitraje».

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 32 numeral 3 de la citada Ley Modelo: «El tribunal arbitral cesará en sus funciones al terminar las actuaciones arbitrales, salvo lo dispuesto en el artículo 33 y en el párrafo 4) del artículo 34».

Pero el comentario va más allá de ese lapso temporal e incluso hace alusión a la conducta exigible al candidato a árbitro aun cuando no se ha notificado el inicio del arbitraje.

En el primer extremo, es decir antes de la designación de los árbitros, hago referencia a la obligación de mantener sin afectaciones la imparcialidad e independencia. Si bien puede ser discutible que se trata propiamente de una obligación (que sería del candidato a árbitro y no del árbitro), entiendo que las proyecciones que tiene respecto de la validez y ejecutabilidad del laudo permiten así calificarlo de modo de darle la importancia debida. Se trataría de una derivación de la obligación del árbitro de desempañarse de modo de que el laudo emitido tenga los «atributos» antes indicados. Muchos hemos dedicado y dedicaremos al estudio del estándar de conducta del árbitro, entre criterios subjetivos, objetivos y mixtos, pero cualquiera de ellos nos lleva a la preservación

de la confianza de las partes en que la decisión será adoptada con neutralidad.

En el extremo contrario nos encontramos con tareas exigibles a quien ha cesado en su rol de árbitro a partir de la emisión del laudo, pero que puede ser llamado a actuar nuevamente con relación a ese procedimiento —sea atento a una solicitud de corrección (en sentido amplio comprensivo de corrección propiamente dicha, interpretación o ampliación) o por aplicación del reenvío de parte de una corte estatal para subsanación de defectos de un laudo sometido a proceso judicial de anulación—. Puede sostenerse incluso que los árbitros mantienen competencia, pero de forma limitada a esas correcciones (de oficio o instancia de parte o a instancias de un tribunal estatal) y excluyendo la modificación de lo medular de su pronunciamiento a los solos efectos de corregir errores «marginais, accesórias ou secundárias».[1]

2. DEBERES DEL CANDIDATO A ÁRBITRO

Si nos abocamos a la tarea de elegir un deber de los árbitros que se vincule con actuaciones más allá del término de su función, seguramente surja uno con preponderancia: el deber de mantener la imparcialidad e independencia. Las acciones, en tal sentido, pueden ser genéricas (irradiando a la conducta general del sujeto más allá de un caso concreto ante la potencialidad de una convocatoria) o más específicas. En esta última aproximación cabe hacer notar que no inician cuando el árbitro asume funciones, sino antes.

Siendo la imparcialidad e independencia del árbitro uno de los pilares del sistema arbitral y su afectación el fundamento de la anulación y/o rechazo a la ejecución de laudos arbitrales dictados incluso por

[1] Carvalho Fernandez citado por VAZ SAMPAIO, Sofía. «O poder jurisdiccional dos árbitros depois da sentença arbitral». En *Revista Themis - Revista da Faculdade de Direito da Universidade NOVA de Lisboa*, 2015, n.º 28-29, año XV, p. 127.

árbitros de prestigio y trayectoria no es difícil entender la razón que hace del tema un objeto de tantos desvelos.

Si bien cuando nos referimos a las conductas debidas el centro suele ser el deber de revelación (inicial al ser considerado para el cargo y concomitante al desarrollo del procedimiento), corresponde incluir la obligación de abstenerse de mantener comunicaciones por separado con una de las partes o sus abogados.

Tanto en las Directrices de la IBA sobre Conflictos de interés en el arbitraje internacional como el Código de Buenas Prácticas Arbitrales de 2019 del Club Español del Arbitraje[2] (Recomendación 87) se hace referencia a «comunicaciones» y no a escritos. Incluso, el Código CEA al referirse a la conducta de los abogados (Recomendación 113), distingue entre comunicaciones escritas y orales, incluyéndolas a ambas en el deber de abstención.

La mencionada Recomendación del CEA tiene como antecedente una regla contenida en las Recomendaciones sobre independencia e imparcialidad de los árbitros emitidas por el Club Español del Arbitraje en 2006 (en adelante, recomendaciones CEA 2006), que incluía en la «prohibición de comunicaciones unilaterales con las partes» tanto la divulgación del árbitro a una de las partes de toda información que no fuere de carácter instrumental (requiriendo que lo comunique de inmediato a la otra parte) como que le está vedado al árbitro cualquier comunicación con la parte o su abogado sin autorización del consejo arbitral (o consentimiento del presidente), a excepción de las necesarias para la selección del presidente. Es de destacar la referencia a la instrumentalidad de la comunicación que se habilitaba en las Recomendaciones CEA 2006.

2 En adelante, también, Código CEA.

Siendo que el árbitro no ha ingresado en funciones, puede sostenerse que la existencia de contactos previos, más que un deber del árbitro, es un precedente a revelar. En mi opinión, puede sostenerse que la abstención de contactos previos debe considerarse vinculada al deber de revelar y no un deber con autonomía.

El tema se encuentra íntimamente vinculado al inicio y fin del deber de imparcialidad e independencia y el deber de revelación.

El tema es tratado por el Código CEA si bien tanto la Recomendación 71 como la Recomendación 75, e incluso la Recomendación 79, se aplican desde «la propuesta de nombramiento», la Recomendación número 87 *in fine* agrega que el deber de abstención de comunicaciones unilaterales o *ex parte* sobre el caso, «se prolonga desde la consideración de una persona como candidato a árbitro hasta la conclusión del procedimiento arbitral».

Respecto del momento de cese del deber de abstenerse de mantener comunicaciones *ex parte*, vemos que las recomendaciones del Código CEA coinciden en disponer que finaliza con el señalado momento: tanto al referirse al mantener la imparcialidad e independencia como el deber de abstención de intervenir (aceptar el nombramiento o renunciar), como el deber de revelar y el deber de abstención de comunicaciones unilaterales o *ex parte*, «permanece hasta la conclusión del procedimiento arbitral». Sin embargo, si consideramos las decisiones que los árbitros pueden ser llamados a adoptar en virtud de medidas correctivas o del reenvío (objeto de la segunda parte de este trabajo), debemos agregar que excede incluso «la conclusión del procedimiento arbitral».

Es así que bien porque se considere que la función del árbitro «renace» en virtud de planteos de corrección de errores o subsanación, o bien que no han cesado totalmente, sino que se mantienen con restricciones, no puede negarse que el deber de mantenerse imparcial e inde-

pendiente exorbita el procedimiento mismo. A ello se agrega que la actuación en momento posterior —pero no lejano— al cese de las funciones del árbitro puede tomarse como reveladora de una preexistencia de un proceder inapropiado que se mantuvo oculto.

Las Reglas IBA sobre Representación, en los Comentarios a las Directrices 7 y 8, dan señales de contemplar tales dificultes cuando se señala que «Las Directrices no buscan definir el momento en que el periodo relevante comienza o termina».

2.1. Comunicación unilateral con el candidato a árbitro

De lo dicho puede concluirse (precipitadamente) que las comunicaciones que están vedadas son las que se mantienen de forma unilateral entre la parte y el candidato a árbitro, con un contenido no excepcionado. Para comenzar, no tratándose más que de pautas, no podemos decir que cualquier otro contenido esté «prohibido», pero sí que las citadas pautas del *soft law* arbitral nos permiten tener una guía de lo que sería un apartamiento que ponga en riesgo al laudo.

Cabe establecer qué se entiende específicamente por comunicación unilateral. Según lo señalado por Osorio y Briones:[3] «Por unilateral se entiende aquella comunicación mantenida con una parte, sin conocimiento de la otra, o por una o varias partes con un árbitro, sin conocimiento de los demás». Los referidos autores señalan que aún a falta de una prohibición expresa, este deber deriva tanto de «la obligación de tratar a las partes con igualdad», como de la exigencia de imparcialidad e independencia de los árbitros.

El *soft law* suele marcar que la regla que obsta a las comunicaciones *ex parte* cede ante el «acuerdo en contrario de las partes». Véase, a modo de ejemplo, la Recomendación 87 del Código CEA. La primera pregunta

3 OSORIO, Lucas y Alba BRIONES. «Comunicación de los árbitros con las partes. Extensión y límites». En *Anuario de Arbitraje*. Civitas - Thomson Reuters, 2016, p. 178.

es si dicho acuerdo puede ser alcanzado antes o después de la comunicación vedada. El acuerdo general e ilimitado celebrado antes de que la misma ocurra puede ser tomado como una interpretación por las propias partes que, incluso por cuestiones culturales, tales contactos no son idóneos para poner en duda el mantenimiento de las condiciones de los árbitros. Por el contrario, si se verifica luego, puede interpretarse como una causal renunciable de afectación de imparcialidad e independencia. Entiendo conveniente que, de optarse por un acuerdo anticipado (para la actuación de los árbitros posteriores al acuerdo que habilita tales comunicaciones), se expliciten los fundamentos para ello, de modo que no se tome como una renuncia a garantías esenciales del arbitraje.

A su vez podemos preguntarnos cuál es el proceder exigible tanto al árbitro que revela que ha mantenido comunicaciones *ex parte* como a las partes que reciben la revelación. Sabemos que la revelación es el paso ineludible y que la misma no es señal de existencia de afectación (el *soft law* señala que, de entenderse inhabilitado para seguir, el árbitro se habría excusado). Por otro lado, corresponde destacar que es de igual relevancia dejar clara la conducta que se exige a las partes que reciben tal revelación: se requiere que admitan que el árbitro continúe considerando que no hay afectación a su imparcialidad o independencia (exigencia positiva) o es suficiente con que no pidan el apartamiento del árbitro (exigencia negativa) Es así que puede sostenerse que cuando reglas (de aplicación voluntaria, referenciales) como la Recomendación del Código CEA antes citada, requieren «acuerdo […] de parte», dejan abierta la puerta para que sean las partes las que decidan admitirlas tanto antes como después de su ocurrencia.

En la Recomendación 87 del Código CEA, las comunicaciones que se «prohíben» son las que refieren al caso («sobre el caso») y con las partes o sus abogados. Sin embargo, considero que comunicaciones no relativas al caso deben manejarse con suma cautela y que aquellas con

otros sujetos del arbitraje (como ser expertos, testigos, financiadores)[4] deben ser alcanzadas por la misma «prohibición». El diferencial a marcar entre la comunicación expresamente «prohibida» (con las partes y sus abogados), y las restantes puede estar dada por el contenido de la comunicación: mientras en la hipótesis contemplada en la Recomendación 87 comprende las comunicaciones *ex parte* sobre el caso, en las demás comunicaciones (sea sobre temas ajenos al caso o con otros sujetos involucrados que no son ni las partes ni sus abogados) dependerá del contenido del intercambio (si generan o no dudas justificadas sobre imparcialidad e independencia del árbitro).

Profundizando en lo que refiere al contenido de la comunicación vedada, es de hacer notar que si bien la Recomendación 87 del Código CEA no ingresa en diferenciación de contenido de la comunicación, sí lo hace la Recomendación 91 del mismo Código: aun en las comunicaciones permitidas no se admite «pedir opinión sobre ningún aspecto fáctico o jurídico». Se trata de un argumento para interpretar que cuando el Código CEA prohíbe las comunicaciones *ex parte* no existen matices (cuantitativos y cualitativos): si refieren al caso y no se circunscriben a lo exceptuado, está prohibido.

Como se ha señalado, el deber que abstenerse de comunicaciones unilaterales con las partes y sus abogados tiene excepciones. Véase que en el Código CEA (Recomendaciones 88 y 89) las comunicaciones *ex parte* propias de la etapa tendiente a la constitución del tribunal (intercambio correspondiente a las entrevistas previas que apuntan a evaluación de las cualidades del candidato[5] y del intercambio tendiente

---

4 Corresponde tener presente que algunas reglas del *soft law* postulan que terceros financiadores se identifican con la parte financiada, siendo, por tanto, extensible a estos la prohibición de comunicación.

5 «Se exceptúan de la prohibición anterior las comunicaciones que un candidato a árbitro pueda tener con la parte que lo pretenda designar o con su abogado, siempre que el contenido se limite a: a) informar al candidato de la identidad de las partes y de sus abogados; b) consultar la disponibilidad del candidato; c) consultar las cualificaciones del candidato; y d) facilitar al candidato una breve descripción general del caso».

a la selección del presidente del tribunal arbitral).[6] Como complemento de ello debemos recordar recomendaciones como la que establece que «ninguno de los participantes podrá expresar ni pedir opinión sobre ningún aspecto fáctico o jurídico, ya sea procesal o sustantivo, del caso» (Recomendación número 91 del Código CEA).

Se agrega que todos los contactos, incluso los permitidos, deben ser informados a las partes y a los restantes árbitros (así lo marca la Recomendación). Cabe preguntarse si el no informar sobre esas comunicaciones cuando se dan en forma anterior a «aceptar su nombramiento» vulnera esta Recomendación (el deber de abstención de comunicación *ex parte*) o si vulneran las Recomendaciones números 78 y siguientes en cuanto al deber de revelación.

Por otro lado, las Reglas de la IBA sobre conflictos de interés incluye entre los supuestos del «listado verde» (regla 4.4) los:

> Contactos entre un árbitro y una de las partes 4.4.1. Previamente a su designación, el árbitro tuvo un primer contacto con una parte o con una afiliada de esta (o con sus abogados) si el contacto estuvo limitado a indagar sobre la disponibilidad del árbitro y su cualificación o sobre nombres de posibles candidatos a la presidencia del tribunal arbitral y no se consideraron aspectos de fondo o de procedimiento de la controversia más allá de lo efectuado para facilitar al árbitro un entendimiento básico del caso.

Se trata de una regla más específica en cuanto al contenido de la comunicación. En las Directrices de la IBA sobre Representación de parte en el arbitraje internacional de 2013[7] encontramos una regla más tajante (número 7): «Salvo acuerdo en contrario de las partes, y sujeto a

---

6 «También se exceptúan de la prohibición anterior las comunicaciones *ex parte* que un coárbitro pueda tener con la parte que lo haya designado, o con su abogado, cuando los coárbitros deban intentar hacer una designación conjunta del presidente, siempre que el contenido de estas comunicaciones se limite a identificar y discutir posibles candidatos».

7 Esas Reglas define las «comunicaciones *ex parte*» como aquellas «comunicaciones orales o escritas entre un representante de parte y un árbitro o posible árbitro sin la presencia o conocimiento de la parte o partes contrarias».

excepciones que más adelante se indican, un representante de parte debe abstenerse de incurrir en cualesquiera comunicaciones *ex parte* con un árbitro que se relacionen con el arbitraje». Las excepciones refieren a contactos con un potencial árbitro de parte o árbitro presidente.

Véase que mientras el Código CEA apunta a un deber de abstención del árbitro y de los abogados de parte, las Reglas de la IBA al momento de definir abstenciones[8] apuntan a un deber de los abogados de parte: si bien refiere a la comunicación *ex parte* en el listado verde, lo hace describiendo la hipótesis «autorizada», que no genera una potencialidad de pérdida de imparcialidad e independencia.

Osorio y Briones[9] sostienen que «la obligación no es tanto del abstenerse de mantener cualquier comunicación, sino la de traspasar los límites de materialidad en la comunicación y vulnerar la igualdad de armas». Aún si compartimos tales apreciaciones, en aplicación del Código CEA y atento al momento temporal al cual aplican las excepciones (previa constitución del tribunal arbitral), podemos sostener que durante el trámite del procedimiento rige la abstención sin matices.

En los comentarios a las Directrices IBA sobre Representación en los Comentarios números 7 y 8 se señala que: «Las Comunicaciones *ex parte,* como se les define en estas Directrices, pueden ocurrir solo en determinadas circunstancias, fuera de las cuales, un Representante de Parte deberá abstenerse de incurrir en ellas». Es decir que fuera de las excepciones procede la abstención.

Fernández Rozas[10] lo ubica dentro de los deberes éticos del árbitro. Es así que señala: «La conducta ética de los árbitros, les impide mantener cualquier comunicación directa o indirecta con cualquiera de las partes,

---

8 En las Directrices sobre representación.

9 OSORIO, Lucas y Alba BRIONES. *Op. cit.*, p. 183.

10 FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Contenido ético del oficio de árbitro*. Recuperado de <http://www.ohadac.com/telechargement/bibliographie/21/0/contenido-etico-del-acceso-a-la-actividad-arbitr.fernandez-rozas-jose-carlos.pdf>, p. 27.

con los testigos, los peritos u otras personas vinculadas o interesadas en la causa, sobre materias vinculadas con el arbitraje y sin la presencia de la otra parte». Dicho autor profundiza al respecto haciendo referencia tanto a la necesidad de revelación posterior para el caso de que esa comunicación *ex parte* ocurra, e incluso para el caso de que un árbitro tome conocimiento de que otro miembro del Tribunal arbitral sea quien mantenga la comunicación *ex parte*: «Y para el caso que esa comunicación fuera establecida, el árbitro deberá informar inmediatamente a la otra parte y a los demás árbitros, de todas las particularidades de esa comunicación, bajo apercibimiento de remoción […] Al mismo tiempo, si un árbitro tiene noticia que otro árbitro ha mantenido contactos indebidos con una de las partes, puede y debe ponerlo en conocimiento a los demás miembros del tribunal arbitral, quienes decidirán las medidas que deben adoptarse». Véase que dicho autor no solamente refiere a la obligación de revelar la existencia de comunicaciones unilaterales sino también el contenido de las mismas.

Podemos cuestionarnos cómo es posible hacer referencia a la existencia de comunicaciones *ex parte* y una obligación de revelar sin ingresar en contradicción con la abstención que venimos de postular: se explica porque la práctica tiene mayor riqueza que la teoría y se presentan situaciones de contactos no propiciados, involuntarios,[11] que deben ser frenados de forma temprana e informados a los demás miembros del tribunal y a la otra parte.

Cabe agregar que Fernández Rozas hace referencia también al tratar este tema, a los escritos que llegan al árbitro: «[…] en el ejercicio de su función deberá dar traslado a cualquiera de las partes de las sugerencias, proposiciones o escritos presentados por la otra y se abstendrá de discutir o tratar de manera única y privada con una de las partes cuestiones relacionadas con el arbitraje». Con ello debe agregarse una alerta: el inadecuado manejo de un escrito presentado, por una parte, podría ser

[11] Involuntarios para ambos sujetos de la comunicación (árbitro y parte o abogado) o para el árbitro.

tomado como una comunicación *ex parte* y no solamente como vulneración del principio de igualdad y contradicción (sin restarle la gran importancia que ello tendría).

2.2. La abstención de comunicaciones ex parte como deber autónomo o aplicación del deber de imparcialidad e independencia

Podemos preguntarnos si estamos antes un deber autónomo o si, en realidad, al desplegar el deber de mantener imparcialidad e independencia encontramos una serie de deberes que lo concretizan, incluyendo el deber de abstenerse de comunicación *ex parte*. De inclinarnos por la segunda posición, estaríamos ante un deber de carácter instrumental que tiene por finalidad tanto de evitar (eliminar el riesgo) que exista un ámbito para la pérdida de imparcialidad e independencia como que de una o ambas partes pierdan la confianza en el árbitro.

Así, tendríamos fundamento para: a) sostener que el deber de imparcialidad e independencia se inicia aun antes de la propuesta de nombramiento (Recomendación 71),[12] concretamente con la consideración del candidato a árbitro (Recomendación 87); b) plantear que el *soft law* (como ser el Código CEA) contempla una causal objetiva de revelación (tanto si se dieron las comunicaciones prohibidas como las excepcionadas —que, como vimos, se legitiman si son informadas—).

Sobre de esto último, cabe diferenciarlo del deber de revelación de las Recomendaciones 78 a 84, en las cuales el árbitro tiene un mandato que le exige evaluar las circunstancias desde el punto de vista de las partes. La pauta general es que: «[…] cuando es indicado el árbitro, él mismo debe analizar sus relaciones actuales y pasadas y, como garantía de su propia independencia, presentará cualesquiera situaciones que él en-

12 Véase que tanto según la Recomendación 71 como de la Recomendación 75 comienzan con la propuesta de nombramiento.

tienda que son pertinentes». Sin embargo, si se han dado comunicaciones *ex parte* sobre el caso, procede la revelación sin más análisis. *En cualquiera de los casos queda claro que estos deberes inician incluso antes de que el árbitro asuma funciones*.

Respecto al deber general de revelar, como ya señalamos antes, el incumplimiento no equivale a existencia de parcialidad o falta de independencia, pero cabe analizar con cuidado si el tenor de la recomendación objeto de comentario no marca un matiz en cuanto prohíbe una conducta (la comunicación *ex parte*) y establece excepciones (cuya legitimidad puede considerarse asociada a que se informe de ello a las partes). Sumado a ello que la prohibición no exige un análisis de contenido, sino únicamente que la misma refiera al caso. Todo lo cual puede llevar a concluir que, si el árbitro tuvo comunicación con alguna de las partes sobre el caso desde que fuera considerado como candidato, sin contar con autorización de las partes, procede su apartamiento sin ingresar en otro análisis[13] (en tal interpretación estaríamos ante una causal irrenunciable de recusación) Se suma el impacto de tal conclusión en la validez (como causal de anulación) o ejecutabilidad del laudo (en tanto causal de rechazo).

Véase lo ya comentado *ut supra*: cabe preguntarse si el no informar sobre esas comunicaciones cuando se dan en forma anterior a "aceptar su nombramiento" vulnera esta Recomendación (el deber de abstención de comunicación *ex parte*), o si vulnera la Recomendaciones números 78 y siguientes en cuanto al «deber de revelación».

Entiendo que reglas como la contenida en la Recomendación 87 del Código CEA tienen diferente impacto según se aplique a un candidato

13 Se trataría un criterio diverso al aplicado con carácter general, siendo que la revelación por el árbitro de circunstancias que pudieran generar dudas —cumplimiento del deber general de revelación— no puede interpretarse como una admisión de su parcialidad o falta de independencia, así como que la falta de revelación no implica necesariamente la existencia de una causal de recusación —Recomendación 82—).

a árbitro o a un árbitro ya nombrado. Entiendo que en la etapa de consideración del candidato a árbitro, el actuar contrario a esta recomendación no constituye *en ese momento* un incumplimiento del árbitro a sus deberes (no se encuentra en funciones), sino que estará condicionado a la asunción posterior del cargo. A su vez, que ingresará en incumplimiento si no lo revela oportunamente. El punto merece atención en tanto puede tratarse de una exigencia objetiva de revelación: ya no tendrá lugar la consideración de si lo ocurrido antes de asumir el cargo (en este caso la comunicación *ex parte*) genera dudas sobre la afectación de la imparcialidad e independencia. Puede entenderse que si se dio el contacto fuera del límite establecido (fuera de las excepciones), se presume que ello generará dudas y debe revelarse.

El proceder contra la recomendación una vez que ya fue nombrado agrega la consideración de que la vulneración de esta regla no solamente coloca al árbitro en una situación de ser afectado en su imparcialidad e independencia, sino también de violar el principio de igualdad y contradicción.

3. EL DEBER DE PRESERVAR LA VALIDEZ Y EJECUTABILIDAD DEL LAUDO

Asociado a ese deber subyacente del árbitro que podemos englobar en la misión de «emitir un laudo válido y pasible de reconocimiento y ejecución» (a partir de un proceder antes, durante y al momento de emitir el laudo arbitral), podemos identificar otro consistente en el de desarrollar aquellas acciones tendientes a preservar ese resultado de la labor desarrollada.

Algunas de las acciones a tal fin son propiamente cumplimiento de tareas incluidas en lo contratado al árbitro y otras derivan de deberes genéricos propios del desarrollo profesional del arbitraje. En el primer caso encontramos las correcciones al laudo emitido, en algunos casos a instancia de parte, pero en otros incluso de oficio. En el segundo caso,

van más allá y refieren al actuar con compromiso con la citada meta: que las partes tengan una solución final (no ya solamente en referencia a que se pronuncie sobre el fondo del tema y de forma definitiva, no susceptible de revisión en el fondo, sino también a no anulable o inejecutable).

Un dato no menor que va en ese sentido es que la tarea de corregir errores del laudo no genere honorarios complementarios. Véase que de acuerdo con el artículo 35 (inciso tercero) de la Ley uruguaya de Arbitraje Comercial Internacional (Ley 19.636), el Tribunal arbitral no tendrá derecho a honorarios complementarios por su labor en respuesta a las medidas de corrección.

3.1. Medidas a tomar contra un laudo defectuoso

Ante un laudo arbitral con defectos, las normas aplicables al procedimiento indicarán los «recursos» admisibles. Tales defectos pueden ser de diferente índole y traer aparejadas distintas consecuencias. Puede contener errores de fácil subsanación (errores de tipeo o aritméticos), omisiones en cuanto al abordaje de cuestiones sometidas a decisión (*infra petita*), otros defectos que consisten en la omisión de la motivación o un pronunciamiento fuera de lo sometido a decisión o lo arbitrable (fuera de la cláusula arbitral o una materia fuera de arbitrabilidad) o defectos en el procedimiento arbitral (desde la constitución del tribunal arbitral, hasta el respeto a los principios de igualdad, audiencia y contradicción). Las consecuencias pueden llegar en algunos casos a la anulación del laudo o el rechazo de su reconocimiento o ejecución.

Las reglas en la materia deben marcar el justo límite entre dar a las partes la oportunidad de que los errores se reparen eficientemente sin abrir la puerta a dilaciones en la efectividad del resultado alcanzado. Por encima de ello lo que no puede permitirse es que las medidas de revisión de defectos, sea para repararlos o sea para anular la decisión, según el caso, terminen siendo la vía de ingreso a la revisión del fondo, respecto de lo cual el laudo tiene carácter definitivo.

Como señalan Mori, Cillonz, Lapeyre y Espinoza,[14] no es extraño que finalizado el procedimiento arbitral surjan problemas «[…] cuando una de las partes considera que, con el pronunciamiento del tribunal arbitral, no se han hecho valer sus derechos de manera adecuada y decide plantear algún tipo de solicitudes (interpretación, rectificación, integración o exclusión) y, luego, el recurso de anulación».

El artículo 33 de la Ley Modelo Uncitral admite medidas que no llegan a ser propiamente recursos con alcance muy limitado. Brañas[15] señala que «No podemos, por ejemplo, considerar "recurso" a la facultad de corregir, aclarar y complementar el laudo […], limitándose el efecto de estas peticiones a retrasar el *dies a quo* de la firmeza del laudo».

3.1.1. Corrección por error en el laudo

De acuerdo con la Ley Modelo Uncitral (artículo 33), el tribunal arbitral, dentro del plazo 30 días (prorrogable), a instancias de una parte (con plazo de 30 días si es que no se acordó un plazo mayor) o incluso de oficio, está habilitado para corregir el laudo en cuanto a errores de cálculo, de copia o tipográfico o cualquier otro error de naturaleza similar. Si la corrección es la respuesta a un planteo de la parte, el plazo para resolverlo se computa desde la recepción de la solicitud, y para corrección de oficio el plazo se calcula desde la fecha del laudo. Cuando la rectificación es solicitada por una parte se exige (artículo 33 numeral 1 literal a) «notificar a la otra» (no refiere expresamente a darle la oportunidad de manifestarse, lo cual, sin embargo, es consecuencia de principios generales). Cuando la corrección opera de oficio (artículo 33 numeral 2) no requiere previa notificación a las partes.

---

14 MORI, Pablo; CILLONZ, Bryan; LAPEYRE, Juan Diego y Aarón ESPINOZA. «Anulación y debida motivación: la remisión del laudo a los propios árbitros como alternativa a evaluar». En BULLARD, Alfredo (editor). *Litigio arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva*. Lima: Palestra, 2015.

15 BRAÑAS, Carlos Martín. «La acción de anulación frente a laudos arbitrales». En *Foro*, *Nueva Época*, 2006, n.º 3. Recuperado de <https://core.ac.uk/download/pdf/38815680.pdf>, p. 124.

Es importante agregar que la Ley Modelo establece que «Si el tribunal arbitral estima justificado el requerimiento, efectuará la corrección […]». Se puede concluir que para que el tribunal arbitral no corrija el error debe expedirse en cuanto a que no lo entiende justificado y no vemos otra opción a que sea por no compartir que el defecto existe.

En principio se trata de la subsanación de errores de menor importancia, pero bien puede suceder que, por el contrario, tengan una gran repercusión en lo sustancial. Pensemos en errores en una coma del monto de la condena.

A propósito de las medidas de corrección, Vaz Sampaio[16] destaca que la posición dominante en doctrina y jurisprudencia apunta a que ni el tribunal arbitral ni las partes pueden pretender cambiar el sentido de la decisión, sino que deben limitarse a errores materiales por contraposición con el error intelectual, o error de juzgamiento o de derecho que señala como no susceptibles de corrección.

3.1.2. Requerimiento de aclaración o interpretación del laudo

La Ley Modelo Uncitral establece que, dentro del plazo de 30 días (puede este plazo modificarse por acuerdo de partes), podrá requerirse del tribunal arbitral que aclare algún extremo del laudo, interpretándolo. No procede de oficio. Tal planteo debe ser resuelto en principio en un plazo de 30 días (prorrogable) previa noticia de la contraparte. La interpretación se incorporará al laudo.

Según el texto de la Ley Modelo la solicitud procede «Si así lo acuerdan las partes». Por lo tanto, a diferencia de la medida de corrección, la solicitud de interpretación dependerá del pacto que lo habilite (la ley argentina toma este texto). En la ausencia de acuerdo, no es admisible. Esta solución no ha sido adoptada de forma uniforme por las distintas

16 VAZ SAMPAIO, Sofía. *Op. cit.*, pp. 128 y 130.

legislaciones que siguieron la Ley Modelo. Algunos ordenamientos jurídicos no solamente restaron el margen de discrecionalidad a las partes (estableciendo su procedencia), sino que incluso establecieron que era inderogable por acuerdo de partes. Uruguay ha eliminado la referencia al pacto en contrario.

En puridad, la terminología no es indiferente al momento de comentar las competencias del tribunal arbitral, ya que más allá de esclarecer, refiere a interpretar. Es posible encontrar legislaciones que al adoptar la Ley Modelo han cambiado el término de interpretación a esclarecimiento. Sin embargo, la doctrina mayoritaria entiende que tiene por objeto resolver ambigüedades u oscuridades. Por tanto se entiende que se emplea el verbo interpretar como equivalente a clarificar, esclarecer o explicar.[17]

Debemos concordar con Vaz Sampaio[18] en cuanto a que de las medidas previstas, la de interpretación es la que permite un mayor margen para el abuso. Concordamos con la doctrina citada por dicha autora en la recomendación de «que estes poderes sejam exercidos com cautela e de forma restrictiva». Cabe agregar otro tema que Vaz Sampaio poner sobre la mesa: si la medida de interpretación prevista en la Ley Modelo refiere solamente la decisión o también la motivación del laudo.[19] En tal sentido señala[20] que más allá de la ausencia de fundamentación como causal de anulación del laudo arbitral, puede darse una total contradicción entre el fundamento y lo decidido. Este último supuesto de contradicción en lo interno del laudo que en definitiva lleva a un laudo inmotivado (fundamentos que no cumplen su función), debe merecer un requerimiento de aclaración.

17 *Idem*, p. 136.
18 *Idem*, p. 135.
19 *Idem*, p. 138.
20 *Idem*, p. 139.

Una vez más estamos ante tareas a desarrollar por los árbitros luego de que habían cesado funciones (dejando de lado los matices que esto implica sobre si efectivamente había culminado o no el mandato), pero, sobre todo, ante oportunidades que se dan al árbitro para cumplir con su deber de proteger el laudo emitido contra nulidades o defectos que den lugar al rechazo de reconocimiento y ejecución.

3.1.3. Medida de corrección por infra petita

La Ley Modelo Uncitral regula la hipótesis de laudo *infra petita* habilitando la solicitud de corrección que podemos denominar ampliación. Procede a pedido de parte y con noticia de la contraria.

Se trata de una medida que en la Ley Modelo admite ser renunciada por acuerdo de partes (artículo 33 numeral 3).

Consiste en la facultad de cualquiera de las partes de solicitar al tribunal arbitral que amplíe el laudo incluyendo «reclamaciones formuladas» que habían sido omitidas. La terminología empleada puede considerarse restrictiva en tanto no es equivalente a requerirle a que se pronuncie sobre «cuestiones sobre la cual ha omitido pronunciarse» o sobre los pedidos o planteos de las partes. La doctrina ha señalado que podría quedar fuera del objeto de esta medida la omisión sobre las excepciones formuladas por la defensa, que no serían «reclamaciones».[21] Diferentes consideraciones merecen los argumentos presentados por las partes, que no tienen por qué ser objeto de expreso pronunciamiento por el tribunal arbitral.

Otro aspecto a mencionar es que la Ley Modelo no establece que el tribunal arbitral deba decidir al respecto con los elementos que obran en el expediente: no se le impide disponer el diligenciamiento de prueba o la realización de nuevas audiencias.

---

21 *Idem*, p. 143.

La ampliación la realizará a través de un laudo adicional a dictarse dentro del plazo de 60 días.

3.1.4. El mecanismo del reenvío del tribunal judicial al tribunal arbitral

El reenvío es el mecanismo por el cual el tribunal judicial, al inicio del proceso de anulación del laudo, lo devuelve al tribunal arbitral que lo emitió para que este subsane defectos que podrían dar lugar a la anulación. Es una herramienta prevista exclusivamente durante el trámite de anulación y no para el proceso de reconocimiento y ejecución.

Si bien en este trabajo se emplea los términos «reenvío» y «remisión» como equivalentes, no podemos desconocer que el primero puede ser confundido con la figura costarricense utilizada *a posteriori* de la anulación del laudo o del reenvío que fuera analizado por la doctrina española como mecanismo a accionar con posterioridad a que el laudo se anule por el juez de control.

La remisión está prevista por el artículo 34 numeral 4 de la Ley modelo Uncitral. La encontramos en legislaciones latinoamericanas que han adoptado la Ley Modelo como la Ley uruguaya en el artículo 39 numeral 4, Ley argentina (artículo 101) y la Ley chilena (artículo 34), pero también está previsto en el Reino Unido en el Arbitration Act de 1996, artículo 68 numeral 3.

Vaz Sampaio[22] identifica en este mecanismo una reafirmación del principio de autonomía privada y de separación entre las competencias del tribunal judicial y el tribunal arbitral.

Se trata de una herramienta poco utilizada y que podría ser de gran utilidad, dando la oportunidad al tribunal arbitral de proteger el laudo

22 *Idem*, p. p. 155.

dictado. Sin embargo, tal como está regulado presenta una serie de dudas en cuanto a su funcionamiento. Ello ha llegado ser identificado como la causa misma de su escasa utilización en los Estados de tradición del *civil law*. En tal sentido, Sanders[23] se manifestó por la necesidad de una regulación más pormenorizada del instrumento.

Centrándonos en el tema de este trabajo, debemos destacar que, en principio, se trata de una facultad (no de un deber) del tribunal arbitral. Véase que la norma dispone la facultad del tribunal judicial de dar al tribunal arbitral una "oportunidad" de eliminar los defectos que podrían dar lugar a la anulación del laudo que ha dictado. No le impone a este último una obligación. Sin embargo, entiendo que la obligación de subsanar los errores existe y se deriva de uno de los deberes de los árbitros que es el de emitir laudos válidos y ejecutables. No sostengo que los árbitros estén obligados a cambiar lo hecho siguiendo las alegaciones de la parte que pide la anulación y/o lo dispuesto por una corte estatal, pero sí que no puede simplemente desatender el mensaje, siendo exigible que haga su mejor esfuerzo por blindar al laudo.

También corresponde decir que considero que la adopción de medidas no implica admitir que tenía mérito la acción de anulación, aun si no lo comparte, sabiendo que existen otras posiciones en doctrina o jurisprudencia o que lo ocurrido puede tener varias interpretaciones, los árbitros pueden decidir proteger el laudo tomando las medidas pertinentes.

De lo dicho se deriva que los árbitros tienen una competencia para actuar y que sus deberes no terminan completamente una vez que dictan el laudo, pudiendo surgir muy importantes tareas a desarrollar después.

---

23 Citado por VAZ SAMPAIO, Sofía. *Op. cit.*, p. 159.

4. PALABRAS FINALES

- Los árbitros deben tener presente que, además del formal inicio y terminación de su función, existen deberes que van más allá de esos límites temporales.

- Si tenemos presente la etapa previa a la asunción del cargo, no puede perderse de vista las prohibiciones vinculadas al deber de mantener su imparcialidad e independencia, fundamentalmente la prohibición de mantener comunicaciones unilaterales con las partes sobre el caso, fuera de las que la práctica internacional ha considerado necesarias (fundamentalmente entrevistas previas con el fin de conformar el tribunal arbitral y con limitado contenido). Aun en los casos de comunicaciones *ex parte* admitidas, el deber de imparcialidad e independencia se asocia a la transparencia estableciendo hipótesis objetivas de revelación: esos contactos unilaterales deben ponerse en conocimiento de la otra parte y de los demás miembros del tribunal, sin mediar análisis de si pudiera o no considerarse como una afectación de la neutralidad.

- En el otro extremo de la línea del tiempo encontramos deberes de los árbitros en momento posterior al dictado del laudo: cuando se les requiere por las partes la corrección de un error (incluyendo el pronunciamiento sobre puntos omitidos) o la interpretación, o incluso cuando un tribunal judicial actuante en un proceso de anulación reenvía el laudo para subsanación (mecanismo de reenvío previsto en la Ley Modelo Uncitral). Esas medidas deben ser percibidas por los árbitros como una oportunidad a cumplir su deber máximo que es dictar un laudo válido y ejecutable.

5. BIBLIOGRAFÍA

BRAÑAS, Carlos Martín. «La acción de anulación frente a laudos arbitrales». En *Foro, Nueva Época*, 2006, n.º 3. Recuperado de <https://core.ac.uk/download/pdf/38815680.pdf>.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Alberto. «El reenvío de laudos arbitrales anulados a propósito de una mala práctica judicial». En *Revista Judicial*, diciembre 2014, n.º 114.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Contenido ético del oficio de árbitro*. Recuperado de <http://www.ohadac.com/telechargement/bibliographie/21/0/contenido-etico-del-acceso-a-la-actividad-arbitr.fernandez-rozas-jose-carlos.pdf>.

MORI, Pablo; CILLONZ, Bryan; LAPEYRE, Juan Diego y Aarón ESPINOZA. «Anulación y debida motivación: la remisión del laudo a los propios árbitros como alternativa a evaluar». En BULLARD, Alfredo (editor). *Litigio arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva*. Lima: Palestra, 2015.

OSORIO, Lucas y Alba BRIONES. «Comunicación de los árbitros con las partes. Extensión y límites». En *Anuario de Arbitraje*. Civitas - Thomson Reuters, 2016.

VAZ SAMPAIO, Sofía. «O poder jurisdiccional dos árbitros depois da sentença arbitral». En *Revista Themis - Revista da Faculdade de Direito da Universidade NOVA de Lisboa*, 2015, n.º 28-29, año XV.

ARBITRAJE DE CONCIENCIA

Joyce Pamela Poves Montero [*]

Sumario: 1. Introducción.— 2. Principales aspectos del arbitraje de conciencia.— 3. Ventajas de pactar un arbitraje de conciencia.— 4. Posibles materias controvertidas que pueden ser sometidas al arbitraje de conciencia.— 5. Conclusiones.— 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Como seres humanos gozamos de una libertad relativa, pues siempre nos hemos sometido a un determinado orden. En el mundo antiguo, por ejemplo, los hombres actuaban con una libertad limitada por el temor a Dios, la pauta era trazada por lo que se entendía como bueno o malo ante los ojos de Dios. Con el pasar del tiempo, este poder divino fue plasmado en leyes o normas que servían para imponer un orden en la sociedad.

Thomas Hobbes indica que si los hombres viven sin un poder común que los atemorice a todos, se hallarían en un estado de guerra, una especie de todos contra todos.[1] En el mismo sentido, Rousseau señala

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Estudios de Maestría en Derecho Civil en la PUCP. Secretaria arbitral de la Cámara de Comercio de Lima.

1 HOBBES, Thomas. *Leviatán (o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil)*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 111.

que el orden social es la base legítima de toda autoridad entre los hombres, este debe reconocer su fuerza en el derecho y la obediencia al deber ser.[2]

Sabemos que actualmente nuestra libertad se encuentra limitada por un ordenamiento jurídico, lo cual es vital para lograr una convivencia pacífica en una sociedad. Pero ¿qué sucede cuando a su vez la rigidez y generalidad de las normas limita el criterio de los juzgadores sin tomar en cuenta los efectos sociales que pueden ocasionar? Es decir, cuando por temor los jueces o árbitros se ciñen a aplicar una norma en un determinado caso sin atender las particularidades del mismo. Es importante tener en cuenta que el derecho está en los sujetos y sus comportamientos y no en las leyes o postulados.

El arbitraje de conciencia es justamente el medio con el que cuentan los árbitros para resolver un caso en particular, analizando las circunstancias o hechos excepcionales que constituyen la controversia, guiados por nociones de justicia y equidad, aplicando o no una norma del ordenamiento jurídico, pero siempre respetando el orden público y las costumbres.

Sin embargo, en nuestro tiempo pareciera que el arbitraje de conciencia ha perdido su papel debido al temor de algunos operadores jurídicos que identifican de forma errónea al arbitraje de conciencia como una vía en la que los árbitros resuelven conflictos con base en criterios subjetivos, dejando de aplicar a su antojo la norma jurídica, lo cual claramente crea una inseguridad jurídica que termina por ahuyentar en la mayoría de los casos a las partes de pactar como mecanismo de solución de controversias el arbitraje de conciencia.

En el presente trabajo intentaremos explicar cómo funciona el arbitraje de conciencia, sus posibles ventajas y algunos de los tipos de

2 ROUSSEAU, Jean Jacques. *El contrato social*. Madrid: Taurus Ediciones, 1966, p. 22.

controversia que creemos pueden ser sometidos a un arbitraje de conciencia.

2. PRINCIPALES ASPECTOS DEL ARBITRAJE DE CONCIENCIA

En el mundo del derecho arbitral es ya conocida la historia del nacimiento del arbitraje de conciencia, por lo que al respecto solo nos limitaremos a recordar que este existía desde fechas muy antiguas, como bien indica el doctor Fernando de Trazegnies:[3]

> […] en Roma el arbitraje tenía incluso más de arbitraje de equidad que de derecho pues Cicerón indicaba que era una forma de escapar al rigor de la ley y resolver así la cuestión *quantum aequius et melius sit*, es decir, en la mejor y más equitativa forma que ser.

Sin ánimos de restar de importancia a la historia del arbitraje de conciencia, en este artículo nos centraremos únicamente en las principales características de este tipo de arbitraje y su relevancia.

Es interesante conocer el significado que otorga la Real Academia Española a la palabra conciencia y su diferencia con el término consciencia. Según la Real Academia Española la palabra conciencia se refiere al conocimiento del bien y del mal, que permite a la persona enjuiciar moralmente la realidad y los actos; en tanto el término consciencia es la capacidad de reconocer una realidad.[4]

Aplicando ambas terminologías podríamos indicar que el arbitraje de conciencia es el proceso arbitral en el cual se resolverá una determinada controversia desde la perspectiva moral de los árbitros (conciencia), pero sin dejar de lado, el conocimiento de la realidad o el entorno

---

3 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia». En *Ius Et Veritas*, 1996, n.º 12, p. 115. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15541>.

4 Ver <https://www.rae.es/>.

en cual se relaciona (consciencia), en el que podemos incluir las normas básicas de convivencia, como el orden público y las buenas costumbres.

En ese sentido es de suma importancia destacar que, en el arbitraje de conciencia, si bien los árbitros pueden laudar alejándose del ordenamiento jurídico, estos deben resolver la controversia dentro del marco del orden público y las buenas costumbres.

Sobre el arbitraje de conciencia, Pietro Sanchis[5] indica lo siguiente:

> […] en el arbitraje de conciencia priman las impresiones y perspectivas subjetivas de los árbitros, ciertamente, pero la decisión de los árbitros debe siempre responder a un objetivo de justicia. Con la meta de justicia, efectivamente, tienen que ver los principios generales, es decir las reglas o directrices que, aun cuando no estén recogidas en leyes, orientan la conducta de los miembros de la sociedad en garantía de la tranquilidad individual y la paz colectiva.

Los principios generales que rigen una sociedad y mediante los que se garantiza el orden y respeto entre seres humanos deben estar siempre presentes en las decisiones de los árbitros al momento de laudar, contrario a lo que muchos piensan, en un arbitraje de conciencia no se toman decisiones meramente subjetivas.

Los árbitros tienen la facultad de encontrar la justicia para un caso particular, sin limitarse únicamente a encajar los hechos de un caso con una norma y aplicar la consecuencia que indique la misma; en su lugar, el juzgador tomará su decisión siendo consciente no solo de lo que indiquen las normas jurídicas, sino del sentido de justicia misma que debe aplicarse al caso en especial.

---

5 PIETRO SANCHIS, Luis. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Lima: Palestra, 2013, p. 180.

Al respecto, Roque Caivano[6] indica lo siguiente:

> […] el esfuerzo de fundamentación es mayor para los arbitradores que si se trata de un tribunal de derecho, pues, en definitiva, a este último le bastaría con remitirse a las normas legales que resuelven la cuestión, partiendo de la premisa de que la solución es justa. En cierta forma, puede descansar en la justicia que cabe atribuir *a priori* a la ley. El amigable componedor, en cambio, al carecer de soporte legal, debe poner el máximo empeño en demostrar —a través de la fundamentación del laudo— que la decisión adoptada es la más justa, que más se compadece con el caso, con la circunstancia de la causa y con la equidad.

No es nuestra intención colocar en un lugar superior al arbitraje de conciencia; sin embargo, consideramos importante dar a conocer que en muchos contextos es conveniente resolver un conflicto mediante criterios básicos de justicia y equidad que permitan al juzgador emitir una decisión justa, pudiendo aplicar o no una norma jurídica, lo cual no significa de ningún modo emitir un laudo sin mayor sustento que el parecer de un árbitro. Todos los laudos arbitrales claramente deben cumplir con una debida motivación que garantice el derecho de las partes.

Respecto a la equidad, Cicerón, citado por Fausto Rodríguez García,[7] indicó que la equidad no es corregir la norma; por el contrario, consiste en interpretarla de modo correcto, obedeciendo la verdadera voluntad del legislador por encima del significado de las palabras en la norma.

En el mismo sentido, para Aristóteles en Ética a Nicómaco, libro V, capítulo 10, la equidad no es mejor que la justicia absoluta, pero ciertamente, es mejor que el error derivado del carácter universal de la ley.

---

6 CAIVANO, Roque J. Arbitraje. *Su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000, segunda edición, p. 75.

7 RODRÍGUEZ GARCÍA, Fausto. *Justicia y equidad*. México D. F: Universidad Nacional Autónoma de México, 1950.

Aristóteles indica:

> Por lo tanto, lo equitativo es también justo, y vale más que lo justo en ciertas circunstancias, no más que lo justo absoluto, pero es mejor al parecer que la falta que resulta de los términos absolutos que la ley se vio obligada a emplear. Lo propio de lo equitativo consiste precisamente en restablecer la ley en los puntos en que se ha engañado, a causa de la fórmula general de que se ha servido.[8]

Siendo ello así, creemos que si bien en un arbitraje de conciencia los árbitros tienen mayor libertad que en un arbitraje de derecho para resolver una controversia, pudiendo aplicar o no una norma jurídica. No estamos de acuerdo con aquella parte de la doctrina que considera el arbitraje de conciencia como un medio de resolver conflictos partiendo únicamente de criterios subjetivos de los árbitros, pues no se trata de criterios subjetivos, sino del sentido mismo de justicia y equidad aplicables para un determinado caso que puede tener circunstancias excepcionales que escapan de los lineamientos generales de la ley.

3. VENTAJAS DE PACTAR UN ARBITRAJE DE CONCIENCIA

La actual Ley de Arbitraje poco dice sobre el arbitraje de conciencia, el artículo 57(3) del Decreto Legislativo N° 1071 - Ley de Arbitraje señala que ya sea en el arbitraje nacional o internacional, el tribunal arbitral decidirá en equidad o conciencia, solo si las partes han autorizado expresamente para ello. Es decir, el arbitraje de conciencia existirá siempre que las partes lo hayan acordado; en su defecto se entenderá que el arbitraje será uno de derecho, es por esta razón que resulta clave para las partes, y aun para los abogados que las patrocinan, conocer las ventajas que implica pactar un arbitraje de conciencia.

---

8 ARISTÓTELES. «De la equidad». En *Moral a Nicómaco*, libro quinto, capítulo X. Recuperado de <https://www.filosofia.org/cla/ari/azc01146.htm>.

En primer lugar, el arbitraje de conciencia podría resultar ventajoso para aquellos casos con temas técnicos que requieran un alto nivel de especialización por parte de los juzgadores; ya que, las partes cuentan con la posibilidad de escoger a sus árbitros, quienes no necesariamente serán abogados.

En este proceso de selección, las partes podrán elegir entre otros profesionales con capacidad y conocimientos técnicos necesarios para resolver la controversia, pudiendo ser sin ningún problema ingenieros, biólogos, economistas, etcétera. De esta manera se abre un amplio abanico de opciones que posibilitan resolver la controversia de una mejor forma, pues los árbitros no estarán obligados o limitados a aplicar una norma jurídica que, en atención a un caso en particular, podría limitar el derecho que se deba reconocer a una de las partes. Incluso, nos atreveríamos a indicar que la combinación de diferentes puntos de vistas que otorguen los distintos profesionales que compongan un tribunal arbitral tendrá como resultado un laudo arbitral bastante provechoso no solo para las partes, sino también para el resto de la sociedad.

Claramente, los árbitros no resolverán la controversia utilizando únicamente su entendimiento sobre el aspecto técnico, sino también su capacidad para discernir aquello que es justo no solo para las partes, sino además que garantice una convivencia pacífica dentro de la sociedad, respetando el orden público.

Consideramos que, en las decisiones tomadas por los árbitros dentro de un arbitraje de conciencia, prevalece el uso de la razón y el sentido común que se origina de una conciencia colectiva y que respeta un orden con reglas básicas de convivencia. Es preciso recordar que el derecho no debe verse relegado en este tipo de arbitrajes, por lo que los árbitros podrán interpretar las normas y hacer uso de ellas para resolver las controversias.

Siendo ello así, aquellas controversias que impliquen aspectos técnicos relevantes podrán ser solucionados por árbitros expertos en la materia, no necesariamente abogados, que haciendo uso de su razón y sentido común podrán aplicar o no una determinada norma, pero que dicha decisión deberá estar debidamente justificada y deberá encontrarse dentro de aquello que enmarca el orden público y las reglas básicas de convivencia.

Otra ventaja de pactar un arbitraje de conciencia, a nuestro parecer, podría darse en aquellos contratos en donde las partes no fueron claras al momento de establecer determinados acuerdos. En estos casos, los árbitros, si bien deberán resolver conforme a la voluntad e intención de las partes expresada en el contrato, haciendo uso de una mayor libertad y en virtud del sentido de justicia, tienen la facultad de laudar en atención a los hechos que dieron origen a esa voluntad y aún más la naturaleza de las personas que intervienen en el contrato.

Sobre el particular, Fernando de Trazegnies señala:

> Por consiguiente, la equidad no es una mera emoción de justicia, no es un concepto vago e impreciso que no admite un desarrollo racional. La equidad, cuando menos desde la perspectiva moderna, es algo muy objetivo: la voluntad o intención de las partes. Esta voluntad debe ser aprehendida no solamente en cuanto lo que fue la expresión literal de ella a través del contrato, sino persiguiendo su sentido profundo, el espíritu que animó a las partes y, más aún, procurando establecer no solamente lo que esa voluntad fue en los hechos, sino también lo que esa voluntad o intención habría sido si ambas partes tuvieran —o habrían podido tener— la misma información sobre el negocio y las mismas habilidades y poderes de negociación.
>
> Es debido a estas últimas consideraciones que la equidad también atiende a la naturaleza de las personas que entran en relación en un contrato.[9]

[9] DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Op. cit.*, p. 120.

En el arbitraje de conciencia, así como en el arbitraje de derecho y, en general en todo tipo de proceso en el que se ventilen controversias originadas de un contrato entre particulares, las controversias deben ser resueltas teniendo presente la voluntad de las partes; sin embargo, nada más cercano a la idea de justicia que entender y aplicar lo que las partes realmente anhelaron al obligarse mediante un contrato, conociendo no solo los hechos que dieron origen al contrato, sino a las personas involucradas en el negocio jurídico.

Los árbitros podrán tener en cuenta no solo la voluntad de las partes, sino las habilidades y poderes de negociación con el que contaban al someterse a un determinado contrato, pues puede darse el caso que una de las partes no se encuentre en igualdad de condiciones o no cuente con la misma información que su contraparte. En este tipo de escenarios los árbitros deberán utilizar su buen juicio y sentido común para resolver la controversia más allá de lo que dicte la rigidez de una norma.

4. POSIBLES MATERIAS CONTROVERTIDAS QUE PUEDEN SER SOMETIDAS AL ARBITRAJE DE CONCIENCIA

Cualquier tipo de materia controvertida puede ser sometida a arbitraje de conciencia; sin embargo, al centrarnos en las ventajas de un arbitraje de conciencia consideramos que en algunos casos particulares, dadas las singulares características y en atención a ciertos aspectos, el arbitraje de conciencia podría resultar mucho más provechoso que pactar un arbitraje de derecho.

Una de las materias que a nuestro parecer podría ser resuelto mediante un arbitraje de conciencia son aquellos conflictos originados por la violación a los derechos humanos por empresas inversionistas. Cabe precisar que no nos referimos a los derechos humanos como materia de libre disposición sobre las que puede celebrarse acuerdos o negociarse, pues ello iría en contra del orden público y constituiría una materia no arbitrable conforme a nuestra actual Ley de Arbitraje. Queremos hacer

referencia en este punto a aquel aspecto de los derechos humanos que puede ser materia de resarcimiento o reparación producto de algún daño o vulneración ocasionado por otro sujeto de derecho.

Como bien conocemos, existe un gran número de tratados y convenciones que promueven y protegen las inversiones extranjeras, garantizando el comercio internacional y la apertura del mercado, lo cual es importante, sobre todo para aquellos países en vías de desarrollo como el Perú. Sin embargo, muchas de estas actividades empresariales impactan directamente sobre los derechos humanos o fundamentales de una población o un grupo de personas.

El daño medioambiental, qué duda cabe, constituye una gran amenaza contra el goce de los derechos humanos. Dentro de este gran conflicto entre las actividades medioambientales y los derechos humanos, el Estado debe cumplir un rol de protección y de garantía, lo cual debe prevalecer frente a lo establecido por un tratado de inversión.

En los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de la ONU (2011) se establece lo siguiente:

> 27. Los Estados deben establecer mecanismos de reclamación extrajudiciales eficaces y apropiados, paralelamente a los mecanismos judiciales, como parte de un sistema estatal integral de reparación de las violaciones de los derechos humanos relacionadas con empresas.[10]

El papel del Estado para garantizar el acceso de justicia a aquellas personas o grupo de personas cuyos derechos fundamentales se encuentren afectados es relevante en este tipo de conflictos. Siendo ello así, consideramos que el arbitraje es la vía idónea y eficaz para dicha tarea.

---

10 NACIONES UNIDAS. *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar»*. Nueva York y Ginebra: ONU, 2011. Recuperado de <https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf>.

Conocemos de más las dificultades y trabas que tiene el sistema judicial estatal para resolver controversias, incluso aquellas de gran envergadura como las provenientes de conflictos entre empresas inversionistas y un grupo determinado de personas cuyos derechos fundamentales podrían encontrarse vulnerados por daños medioambientales. Entonces, cabe preguntarnos, ¿por qué no otorgar a estas personas la oportunidad de resolver este tipo de conflictos mediante un mecanismo extrajudicial rápido y eficiente como es el arbitraje?

El Estado, al ser el responsable de promover mecanismos no estatales para resolver conflictos sobre derechos humanos, debería establecer al arbitraje como un medio que permita a aquellas víctimas de los daños medioambientales ocasionados por empresas inversionistas, acceder a la justicia.

Con relación al convenio arbitral que deberá celebrar la empresa inversionista y las víctimas del daño medioambiental, podríamos tomar como ejemplo al arbitraje de consumo, donde una de las formas en que las partes dejan constancia de su consentimiento para someterse a un arbitraje es la suscripción de un acuerdo independiente.

Creemos que esta propuesta podría ser materia de un posterior trabajo de investigación al no ser el tema central de este artículo. Sin embargo, no existe impedimento para considerar que, en caso de emplear al arbitraje como una vía para resolver conflictos por temas de resarcimiento de derechos fundamentales, producto de daños medioambientales ocasionados por empresas inversionistas, el tipo de arbitraje sea uno de conciencia.

En un arbitraje de conciencia, los árbitros podrán resolver guiándose por los valores morales que los inclinan a la protección de un interés jurídico que importa a toda una comunidad nacional e internacional, aplicando aquellos instrumentos jurídicos que protegen derechos humanos y de los que el Estado es parte, los cuales muchas veces pueden

entrar en conflicto con los tratados bilaterales entre los inversionistas y el Estado.

En este tipo de materias es fundamental que los árbitros no actúen con temeridad al dictar un laudo que obligue a las empresas o inversionistas a reparar el daño a los derechos humanos de un sujeto o un determinado grupo de sujetos. Siendo ello así, juega un rol de suma importancia la independencia con la que puedan desempeñarse los árbitros.

Juan Hernández-Zubizarreta señala que actualmente nos encontramos, por un lado, con un tipo de derecho instituido en acuerdos internacionales que protegen derechos humanos, pero no obstante ello, su aplicación no es directamente vinculante y depende de la voluntad de los Estados en su ratificación, en tanto del otro lado, vemos una suerte de *nova lex mercatoria*, con organismos especializados en materia de comercio, con sus propios mecanismos de solución de controversias y sus tribunales arbitrales que garantizan la seguridad jurídica para los actores interesados, pero con una raíz antidemocrática en su toma de decisiones.[11]

En el derecho internacional aún no se ha encontrado un punto medio entre los derechos humanos y los derechos de inversión, la razón son los intereses contrapuestos que claramente existen y salen a luz en los casos que son resueltos en los tribunales de inversión.

De otro lado, debido al alto nivel de especialización con el que deben contar los árbitros sobre temas relativos al medio ambiente, que generalmente van más allá del ámbito del derecho, puede requerirse de un árbitro que no necesariamente sea un abogado, sino, por el contrario,

---

11 HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, Juan. «¿*Lex mercatoria* o derechos humanos? Los sistemas de control de las empresas transnacionales. El negocio de la responsabilidad. Crítica a la responsabilidad social corporativa o de las empresas transnacionales». En HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, Juan y Pedro RAMIRO (editores). *El negocio de la responsabilidad. Crítica de la Responsabilidad social corporativa de las empresas transnacionales*. Barcelona: Icaria, 2009, pp. 14-15.

que cuente con conocimientos y experiencia en los aspectos técnicos en materia ambiental.

Otra de las materias que es susceptible de someter a un arbitraje de conciencia ha sido establecida por el artículo 2 del Decreto de Urgencia n.° 020-2020, publicado el 24 de enero de 2020, que modificó el artículo 7 de la Ley de Arbitraje, agregando lo siguiente:

> Artículo 7.- «Arbitraje Ad hoc e institucional
>
> […]
>
> 5. Cuando el Estado peruano interviene como parte, el arbitraje es institucional, pudiendo ser ad hoc cuando el monto de la controversia no supere las diez (10) unidades impositivas tributarias (UIT). En ambos casos son arbitrajes de derecho; *con excepción de los proyectos desarrollados mediante Asociación Público Privada, cuando sus controversias son de naturaleza técnica que pueden ser atendidas alternativamente por arbitrajes de conciencia*». (El resaltado es nuestro)

El arbitraje de conciencia, entonces, podrá ser pactado para aquellas controversias de naturaleza técnica que se originen de los proyectos desarrollados mediante asociaciones público privadas.

En este punto, son claras las ventajas que puede traer pactar un arbitraje de conciencia, dado que la materia sometida a arbitraje será resuelta por árbitros que bien pueden ser especialistas en los aspectos técnicos y relevantes para resolver el conflicto, pudiendo aplicar o no una norma jurídica al no ser compatible con el caso en particular, en virtud a los hechos que dieron origen al conflicto. No obstante, resolverán siempre teniendo en cuenta los valores de justicia y equidad que deben sustentar su decisión en el laudo arbitral.

5. CONCLUSIONES

Iniciamos nuestra investigación tratando de demostrar por qué el arbitraje de conciencia es importante y las razones por las que no debería ser olvidado ni perder su papel en el mundo del arbitraje. Ya que sabemos que actualmente existe un número menor de arbitrajes de conciencia en comparación con los arbitrajes de derecho, creemos que tal vez la principal razón podría ser una falta de conocimiento de lo que en verdad implica pactar un arbitraje de conciencia y sus posibles ventajas.

En este trabajo quisimos explicar qué es un arbitraje de conciencia y los efectos positivos de utilizar esta vía como medio de solución de conflictos, ello con el objetivo de que los abogados puedan evaluar mejor y asesorar a sus patrocinados sobre si es conveniente o no que un caso particular pueda ser resuelto mediante un arbitraje de conciencia en lugar de un arbitraje de derecho.

Nos hemos planteado posibles escenarios en los que, a nuestro parecer, el arbitraje de conciencia podría ser la vía más idónea para resolver un conflicto. Sin embargo, creemos que las materias que puedan someterse a arbitraje de conciencia no son pocas ni deben ser limitadas, dado que dependerá, como siempre, de las circunstancias particulares de cada caso.

Definitivamente, no pretendemos limitar el número de materias que puedan ser resueltas en un arbitraje de conciencia; en su lugar, lo que pretendemos es partir de ideas claras de lo que significa pactar un arbitraje de conciencia como medio de solución de controversias y crear dudas e interrogantes sobre posibles materias controvertidas que pueden ser objeto de pronunciamiento en un laudo arbitral motivado principalmente por valores de justicia y equidad.

El objetivo último de este artículo es mostrar la relevancia del arbitraje de conciencia, la cual ha sido perdida de vista debido al miedo

creado, tal vez, por la confusión sobre lo que significa resolver un conflicto mediante este tipo de arbitraje. Esperamos que en un futuro los mitos creados sobre el arbitraje de conciencia terminen y se gane mayor terreno que en el arbitraje de derecho, siempre, claro está, en beneficio de resolver las controversias en valores de lo que es justo y razonable, sin temor a alejarse de lo dictado por el legislador, que en muchas ocasiones no es la mejor opción por existir una incompatibilidad para un determinado caso.

6. BIBLIOGRAFÍA

ARISTÓTELES. «De la equidad». En *Moral a Nicómaco*, libro quinto, capítulo X. Recuperado de
<https://www.filosofia.org/cla/ari/azc01146.htm>.

CAIVANO, Roque J. Arbitraje. *Su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000, segunda edición.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia». En *Ius Et Veritas*, 1996, n.º 12, pp. 115-124. Recuperado de
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15541>.

HOBBES, Thomas. *Leviatán (o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil)*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2003.

HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, Juan. «¿*Lex mercatoria* o derechos humanos? Los sistemas de control de las empresas transnacionales. El negocio de la responsabilidad. Crítica a la responsabilidad social corporativa o de las empresas transnacionales». En HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, Juan y Pedro RAMIRO (editores). *El negocio de la responsabilidad. Crítica de la Responsabilidad social corporativa de las empresas transnacionales*. Barcelona: Icaria, 2009.

PIETRO SANCHIS, Luis. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Lima: Palestra, 2013.

NACIONES UNIDAS. *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar»*. Nueva York y Ginebra: ONU, 2011. Recuperado de <https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf>.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Fausto. *Justicia y equidad*. México D. F: Universidad Nacional Autónoma de México, 1950.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *El contrato social*. Madrid: Taurus Ediciones, 1966.

LA ÉTICA EN EL ARBITRAJE: EL DEBER DE REVELACIÓN EN EL CÓDIGO DE ÉTICA PARA EL ARBITRAJE EN CONTRATACIONES DEL ESTADO

July Anne Carol Escajadillo Lock [*]

Sumario: 1. Introducción.— 2. El deber de revelación.— 3. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Hemos observado que en los últimos años un número mayor de árbitros no se encuentran comprometidos con los valores éticos y morales, los cuales deben prevalecer en nuestra profesión y nuestra vida, lo que hace que se produzca un deterioro de la imagen y del rol del árbitro, pues vemos cómo día a día las recusaciones fundadas contra estos van en aumento, siendo uno de los principales fundamentos la falta al deber de revelación.

Como bien sabemos, muchos autores han definido la ética como Aristóteles, Emanuel Kant, Jean-Paul Sartre, Friedrich Nietzsche, Albert Camus, Salazar Bondy, Adela Cortina, etc. Así, para Aristóteles la ética se basa en el concepto de la felicidad, por lo cual: «una acción es correcta si me hace feliz», mientras que autores como Enmanuel Kant se refieren

[*] Abogada por la Universidad de San Martín de Porres. Con estudios concluidos en la Maestría en Derecho Constitucional en la Universidad Nacional Federico Villarreal. Árbitra del Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima. Conciliadora extrajudicial. Becaria de la Fundación Carl Duisberg Gesellschaft e.v. - Alemania: «Fomento de la Participación de la Mujer en el Proceso del Desarrollo». Secretaria general del Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima.

al criterio que debemos usar los seres humanos para decir lo correcto o incorrecto, pero no nos dice qué debemos hacer o cómo debemos actuar en función de lo que debemos hacer, o no actuar en función de nuestros intereses, sino en lo que debemos hacer.

Un hombre generalmente actúa porque lo hace por deber. La ética del deber es la necesidad de una acción por respeto a la ley, mientras que Salazar Bondy define la ética como la disciplina o teoría filosófica referente a la moral y de otro lado se entiende frecuentemente como sinónimo de moral,[1] donde la moral son las normas, principios y valores que sin necesidad de coacción exterior, rigen la conducta del hombre. La moralidad designa el grado de penetración y el nivel de cumplimiento de esas prescripciones en un individuo o un grupo.[2]

Profundizando aún más, podemos apreciar la relación de la ética con la deontología, y más profundamente con la axiología, disciplina filosófica esta última de importancia, más aún si reparamos y pensamos el derecho con relación a valores jurídicos, y para reflexionar sobre ello está la axiología jurídica, que presenta los debates alrededor de la naturaleza de los valores jurídicos. Lamentablemente, parece primar la formación positivista, ya que estos conocimientos que deben llevarnos a una mayor conciencia axiológica del derecho, como bien advierte el aporte pionero del profesor Urteaga Regal en su tratado *Axiología y derecho*,[3] no son parte de la agenda académica y formación de los letrados.

Ahora bien, con relación a la ética, en tanto reflexión filosófica sobre nuestro comportamiento, la profesora Adela Cortina expresa que: «la ética trata de forjar el carácter, son unas predisposiciones que van hacia actuar bien, que son excelencias cuando una persona se acostum-

---

1 SALAZAR BONDY, Augusto. «Vocabulario filosófico». En *Iniciación filosófica*. Lima: Editorial Mantaro, 2000, quinta edición, p. 280.

2 *Idem*, p. 295.

3 URTEAGA REGAL, Carlos Alberto. *Axiología y derecho*. Lima: Fondo Editorial de la UCV, 2017, p. 153.

bra a actuar con justicia, con fortaleza, con prudencia, el forjarse un carácter de excelente».[4] En ese sentido, el árbitro deberá actuar de modo tal que, *en caso de cualquier duda que pudiera comprometer valores éticos y/o morales, decida revelar tal circunstancia*, así actúe más bien en contra que a favor de sí mismo.

Nos encontramos en una situación que la falta de ética ha llegado a todas las actividades profesionales, alcanzando a la actividad arbitral que a primera vista puede parecer pequeña ante el universo de procesos arbitrales, pero que hace generar un velo de desconfianza por parte no solo de las partes en el arbitraje, sino de la población en general, por lo que la ética deberá ser entendida no solo como un deber, sino una obligación en sentido genérico de importancia social trascendental, debiendo hacer todos nuestros esfuerzos en aplicar los valores éticos iniciados en el hogar y en la enseñanza superior que complementa nuestra formación, con los principios de disciplina, orden y respeto obligatorios por naturaleza en las interrelaciones humanas como base primordial de la sociedad.

El deber de revelación implica en el proceso arbitral que el árbitro formule una declaración completa de los vínculos mantenidos directa o indirectamente con las partes, abogados, árbitros o terceros vinculados con estos, por lo que podemos concluir que, más que un deber constituye una obligación, entendiéndose por tanto que *la revelación exige contar con una conducta ética impecable a fin de no generar ningún tipo de dudas sobre la conducta jurídica que tendrá el árbitro* al emitir la resoluciones u ordenes procesales y consecuente el laudo; en este orden de ideas, tal incumplimiento podría ocasionar su recusación por generar dudas sobre su independencia e imparcialidad y consecuente sustitución del árbitro al declararse fundada la recusación, pudiendo servir de base no solo para la sanción del árbitro, sino incluso para la anulación del laudo.

---

4 CORTINA, Adela. *¿Para qué sirve la ética?* Versión completa. Video de YouTube, 15 julio 2019. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=HOY0CSVAA4w>.

2. EL DEBER DE REVELACIÓN

En nuestro ordenamiento jurídico nacional podemos encontrar que el deber de revelación se encuentra prescrito en el numeral 1 del artículo 28 de la Ley de arbitraje, Decreto Legislativo n.º 1071, por el cual se establece que: «*Todo árbitro debe ser y permanecer, durante el arbitraje, independiente e imparcial*. La persona propuesta para ser árbitro *deberá revelar* todas las circunstancias *que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia*» (el resaltado es nuestro). De igual forma, en el numeral 2 del acotado artículo se establece que: «El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes, sin demora cualquier nueva circunstancia. En cualquier momento del arbitraje, las partes podrán pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes o con sus abogados». Asimismo, en su numeral 3: «Un árbitro solo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las calificaciones convenidas por las partes o exigidas por la ley». Así, el árbitro que se encuentra afectado por hechos o circunstancias que pueden dar lugar a dudas justificadas sobre su independencia o imparcialidad, *debe revelarlas a las partes antes de su aceptación o cuando se susciten circunstancias o hechos generados luego de haberse iniciado el proceso arbitral.*

Antes de continuar con nuestro análisis, es preciso señalar: ¿qué debemos entender por independencia e imparcialidad ? Si bien existen diversos autores que definen dichos conceptos, es importante tener presente lo expuesto en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de junio de 2011, en la que distinguen a la independencia como aquella situación que supone la ausencia de vínculos que unan al árbitro con respecto a los intervinientes en el proceso y que impliquen la existencia de algún tipo de relación que pueda llevar a considerar fundadamente la existencia de predisposición o inclinación en el árbitro a acoger las pretensiones de alguna de las partes; y que la imparcialidad supone la inexistencia de causas o motivos derivados de la relación del recusado con los intervinientes en el proceso, que permitan dudar

fundadamente, de que el árbitro recusado podrá desempeñar su cometido, con la objetividad y equidistancia precisas con respecto a las partes, a la hora de resolver las pretensiones que sean objeto del procedimiento arbitral;[5] mientras el jurista español Jose María Alonso Puig señala lo siguiente: «Hay mucho escrito sobre el significado de cada uno de estos dos términos, "independencia" e "imparcialidad", en el contexto del arbitraje internacional. Frecuentemente se ha entendido que la "independencia" es un concepto objetivo, apreciable a partir de las relaciones del árbitro con las partes, mientras que la "imparcialidad" apunta más a una actitud o un estado mental del árbitro, necesariamente subjetivo, frente a la controversia que se le plantea».[6] De igual forma, como bien lo señala W. Michael Tupman:[7] «existe una diferencia entre independencia e imparcialidad, ya que la parcialidad está referida a un interés del árbitro en la controversia (por ejemplo, haber opinado legalmente sobre el caso), mientras que la independencia está más vinculada a pasadas o actuales relaciones profesionales, comerciales, familiares o sociales entre el árbitro y una de las partes, sus familiares o asesores».[1]

La imparcialidad e independencia son dos principios rectores que se encuentran establecidos en la gran mayoría por no decir en todos los códigos de ética que rigen la función arbitral. Así, el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado, aprobado por el OSCE, establece como entre de sus principios el de imparcialidad, por el cual «Los árbitros deben evitar cualquier tipo de situación, conducta y/o juicio subjetivo que en forma directa o indirecta, oriente su proceder hacia algún tipo de preferencia y/o predisposición respecto de alguna de las partes y/o en relación con la materia de la controversia» (art. 2, II del CE-OSCE), y el principio de independencia, por el cual «Los árbitros

5 FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. «Contenido ético del deber de revelación del árbitro y consecuencias de su trasgresión». En *Arbitraje*, 2013, n.º 3, vol. VI, pp. 799-839.

6 ALONSO PUIG, José María. «La independencia e imparcialidad de los árbitros». En *Revista Peruana de Arbitraje*, 2006, tomo 2, p. 98.

7 TUPMAN, W. Michael. «Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Commercial Arbitration». En *International and Comparative Law Quarterly*, 1989, vol. 38, p. 29.

deben ejercer sus respectivas funciones con plena libertad y autonomía, debiendo evitar cualquier tipo de relación sea personal, profesional y/o comercial, que pueda tener incidencia o afectar directa o indirectamente el desarrollo o resultado del arbitraje (art. 3, II del CE-OSCE)».

Ahora bien, ¿cómo podrá el árbitro establecer la totalidad de las circunstancias que puedan dar lugar a dudas sobre su imparcialidad o independencia? Para responder esta interrogante, debemos partir por dejar constancia que no todas las circunstancias se encontraran dentro de los parámetros que podrían generar las dudas antes señaladas, y que podrían ocasionar que un árbitro sea sancionado con una suspensión sin goce de haber en su función como abogado de una entidad del Estado, hecho que no declaró en el proceso arbitral en el que fue designado como árbitro por ser un hecho ajeno al arbitraje entre las partes, al ser una entidad distinta donde laboraba, pues no consideró que dicha sanción podía afectar su imparcialidad e independencia.

No obstante ello, la entidad formuló recusación en su contra, no habiendo considerado la parte recusante que en los procedimientos administrativos sancionadores los actores que intervienen son los administradores y los funcionarios o empleados públicos de un mismo sector, por lo que de ser otra la entidad en la cual haya sido sancionado el abogado-árbitro no tendrá la calidad de parte del proceso o, en el caso de recusaciones formuladas contra los árbitros como consecuencia de investigaciones fiscales por presuntas vinculaciones con actos de corrupción, hechos que fueron de público conocimiento, por las connotaciones económicas, políticas, penales e internacionales.

En estos casos cabría preguntarnos: ¿es factible una recusación? Y la respuesta, como en el anterior caso, consideramos que deberá ser negativa, pues aquí estaríamos afectando el principio de la presunción de inocencia establecido en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el sentido de que «Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se

pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa […]». De igual modo, el citado derecho es planteado en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Con relación a esta última, «[…] la Corte ha afirmado que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad es demostrada».[8] En concordancia con estos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, el artículo 2, inciso 24 de la Constitución establece que «Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad». De esta manera, el constituyente ha reconocido la presunción de inocencia como un derecho fundamental. El fundamento del derecho a la presunción de inocencia se halla tanto en el principio-derecho de dignidad humana («La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado», artículo 1 de la Constitución), como en el principio *pro homine*.[9]

En ese sentido es preciso señalar que al tratarse de investigaciones penales y ser situaciones que no tienen relación con las partes del proceso arbitral en trámite, deberá considerarse lo señalado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE: «Por tanto, considerando, qué el deber de revelación tiene como "ratio" preservar la independencia e imparcialidad en el arbitraje la no revelación de hechos que no tienen relación con el caso arbitral y que, por ende no tendrían incidencia en el ejercicio de la función arbitral, no constituye una infracción de este deber».[10]

---

8 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Suárez Rosero vs. Ecuador (Sentencia del 12/11/1997).

9 Exp. n.º 01768-2009-PA/TC.

10 Resolución N.123-2018-OSCE/DAR del 30 de julio de 2018.

Asimismo, el acotado Código de Ética, sobre los deberes de revelación del árbitro y conflictos de interés, señala en su artículo 4.1. sobre el deber de revelación:

> a) La persona que considera que cuenta con la capacidad, competencia y disponibilidad de tiempo suficiente, y carece de circunstancias que originen dudas justificadas acerca de su imparcialidad e independencia, procede a aceptar, por escrito, el cargo de árbitro que le ha sido encomendado, cumpliendo en ese mismo acto con el deber de revelación.

En este aspecto, el OSCE y los principales centros de arbitraje del país han establecido la obligatoriedad de los árbitros de suscribir un formato de aceptación y declaración de independencia, imparcialidad y disponibilidad, a manera de declaración jurada, como así lo establece el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado, en el cual el árbitro deberá presentar su declaración jurada de no tener impedimento alguno para actuar como árbitro frente a las controversias surgidas entre las partes y garantizando su independencia e imparcialidad respecto a las partes, comprometiéndome a llevar a cabo el arbitraje con la debida neutralidad, imparcialidad y diligencia, formato o declaración en el cual se podrá revelar algún hecho que pueda tener alguna relación con las partes.

En nuestro país se tiene en cuenta las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional, en la cual se establecen situaciones que se pueden dar y que resulta imperativo revelar a las partes. No obstante ello, también se pueden presentar otras situaciones no previstas en sus listados de aplicación, los cuales se encuentran señalados como un semáforo con tres colores: el Listado Rojo, que a su vez consta de dos partes: el irrenunciable y el renunciable; el Listado Naranja y el Listado Verde (Parte II de las Directrices IBA: «Aplicación práctica de las normas generales»), en este listado se ha tratado de señalar algunos hechos que podrían suceder en el arbitraje, alcanzándole a las partes una visión de si el nombramiento del árbitro

que actuó bajo dicho parámetro atenta contra el conflicto de intereses.

Ahora bien, ese deber de revelación señala un límite de los tres años anteriores al momento de análisis del posible conflicto de interés, directriz que ha sido adoptada en nuestro país por casi todos los centros de arbitraje. En el caso del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en su artículo 254 sobre supuestos de infracción ética sancionable por el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado señala respecto al principio de independencia e imparcialidad que el deber de revelación deberá abarcar a circunstancias acaecidas con cinco años de anterioridad a su nombramiento o aquellas ocurridas de modo sobreviniente; no obstante ello es importante señalar que deberá extenderse este deber de revelación, a cualquier hecho, circunstancia o vinculación, que sea de cualquier año, que pudiese generar un mínimo de duda sobre la imparcialidad del árbitro. Así, se han presentado muchos casos en que una de las partes solicita que el deber de revelación se amplíe y abarque no solo cinco o hasta diez años anteriores al inicio del procedimiento arbitral, por haber tomado conocimiento de una supuesta conexión o asesoría del árbitro designado con una de las partes, por ejemplo, de uno de los integrantes del consorcio o uno de los accionistas de la empresa que lo designó, aunque al efectuar la revelación el árbitro se demostró que la vinculación se refería a situaciones distintas. En su inciso b), el artículo 4 del Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado establece que **«**La persona que tenga conocimiento de alguna circunstancia que razonablemente afecte o pueda afectar su imparcialidad e independencia, debe rechazar su designación como árbitro. Igualmente, si asumido el cargo, toma conocimiento de tales hechos, debe renunciar, explicando los motivos que ameritan tal decisión». Este conocimiento sobre tales circunstancias debe ser concreto y no debe ser usado por las partes para tratar de dilatar el proceso.

El árbitro no puede excusar su falta de revelación en la cantidad de asesorías que prestó o en los arbitrajes en donde formó parte como árbitro, por lo cual no fue posible recordar o relacionarlo con el arbitraje en el cual se le está nombrando como árbitro. En ese sentido debe agotar todos los medios a su alcance para revelar los vínculos mantenidos más o menos directamente con alguna de las partes y/o árbitros; de igual forma, el inciso c) del referido Código, establece que: «El árbitro debe revelar por escrito todos los hechos o circunstancias que, desde el punto de vista de las partes, puedan originar dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia. A tal efecto, al momento de aceptar el cargo, debe suscribir una declaración jurada tomando en cuenta el contenido mínimo indicado en el Anexo n.º 01 del Código», declaración jurada que, como ya lo hemos señalado, se encuentra establecida en los principales centros de arbitrajes del país. Así, los árbitros deberán declarar bajo juramento no tener impedimento alguno para actuar como árbitro frente a las controversias surgidas entre las partes, garantizando su independencia e imparcialidad respecto a las partes, comprometiéndose a llevar a cabo el arbitraje con la debida neutralidad, imparcialidad y diligencia, debiendo así informar sobre aquello que pueda originar dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia.

A su vez el inciso d) del artículo 4.1. del Código de Ética establece que: «Previamente a la declaración, el posible árbitro debe realizar una labor de verificación razonable para identificar potenciales conflictos de interés, con la diligencia ordinaria. La omisión de revelar tales circunstancias no puede ser excusada con la ignorancia de su existencia, para lo cual el arbitró realiza el esfuerzo que sea necesario para averiguar la presencia de tales hechos». En ese sentido, es preciso señalar que es necesario que el árbitro observe una conducta transparente, fundamentalmente los árbitros están obligados a declarar cualquier circunstancia que les impida actuar con imparcialidad e independencia.

No obstante ello, se ha podido apreciar que en algunos de los casos en que los árbitros son recusados por no haber revelado determinada

circunstancia, absuelven la recusación basándose en criterios vanos, manifestando que la normativa no indica en qué momento es el oportuno para realizar una ampliación del deber de revelación. En otro casos, manifiestan que los procesos arbitrales corresponden a arbitrajes en los cuales han participado o participan como árbitros, no han sido instalados y tampoco guardan relación con las materias controvertidas del arbitraje por el cual se les está recusando, y que la parte recusante desde un inicio del proceso arbitral tenía conocimiento de su vinculación con las partes desde su designación, por lo que conocían ampliamente que participaba como árbitro en dichos procesos.

Sobre estos hechos, el OSCE ha emitido reiterada jurisprudencia. Así, mediante Resolución n.º N.13- 2020-OSCE/DAR, resolvió que:

> Aunque los árbitros no están obligados a realizar una declaración exhaustiva al momento de cumplir con su deber de revelación, la misma deberá ser lo suficientemente precisa para que pueda servir de base a las partes a efectos de ponderar su incidencia en el arbitraje en cuya virtud podrían formular recusación, otorgar dispense o pedir precisiones respecto a los puntos que ellas consideren necesarios. El nivel de precisión o detalle de la información se valora en relación con su relevancia y en virtud a la perspectiva de la declaración, esto es, no solo ponderar lo que uno considera que puede generar dudas de independencia e imparcialidad (criterio subjetivo); sino aquello que a los ojos de las partes pueda ser objeto de cuestionamiento (criterio objetivo).[11]

Por su parte el inciso e) del artículo 4.1. señala que: «El deber de declaración no se agota con la revelación hecha por el árbitro al momento de aceptar el cargo, sino que permanece durante todo el arbitraje», dado que pueden generarse presuntas circunstancias como, por ejemplo, al haber sido designado posteriormente al arbitraje en curso como árbitro de parte o presidente en otro proceso arbitral, hecho que hemos visto últimamente al tener el Registro Nacional de Árbitros (RNA), ya que hasta los primeros días de julio del 2021, solo 39 árbitros

[11] Resolución N.13- 2020-OSCE/DAR del 20 de enero de 2020.

con registro vigente, generando múltiples designaciones de los árbitros por las mismas partes o coárbitros para un universo tan grande de procesos arbitrales a nivel nacional.

Sobre este incumplimiento o cumplimiento defectuoso del deber de revelación, el OSCE ha señalado que quiebra la necesaria confianza que forzosamente ha de inspirar la relación partes-árbitro en un proceso arbitral (Resolución n.º 2019-OSCE/DAR). Los profesores Mantilla-Serrano, Fernando y Pinsolle, Philippe proponen que: «Debido al carácter preventivo de la obligación de revelación, ante la duda, el árbitro no deberá abstenerse, sino que, por el contrario, deberá revelar toda circunstancia que pueda generar dudas acerca de su independencia. En consecuencia, los árbitros deben ser exhaustivos en su declaración de independencia».[12] Esta revelación, como lo señalan los profesores Osterling Parodi y Miroquesada Milicih: «tiene una connotación, estas no cuentan con un nivel de detalle que permita identificar precisamente qué circunstancias deben de ser reveladas, sin duda, por los árbitros. A pesar de estas limitaciones, las partes esperan que el árbitro determine qué información es relevante y cuál no a efectos de ser revelada, equiparando su capacidad de discernimiento en esta materia a su aptitud para resolver la cuestión de fondo».[13] Sobre este particular, los árbitros deberán ser muy minuciosos al momento de presentar su declaración, no obstante crean que determinado asunto no tenga vinculación con el caso que los convoca, liberándose así de sembrar alguna duda sobre su imparcialidad.

Por último, señala el inciso g) del artículo 4.1. del acotado Código, que: «Las partes pueden solicitar, en cualquier momento del arbitraje, aclaraciones, precisiones o ampliaciones, respecto de los hechos o circunstancias declarados por el árbitro». Es importante que las partes

12 MANTILLA-SERRANO, Fernando y Philippe PINSOLLE. «La independencia del árbitro y su obligación de revelación». En *Arbitraje Internacional, pasado, presente y futuro. Libro homenaje a Bernardo Cremades e Yves Dereins*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2013, tomo II, p. 890.

13 OSTERLING PARODI, Felipe y Gustavo MIROQUESADA MILICH. *Conflicto de intereses: el deber de declaración y revelación de los árbitros*. Mayo 2013.

realicen las aclaraciones, precisiones o ampliaciones no solo cuando las partes lo soliciten, sino que pueden realizarse *motu proprio* al detectar un hecho que no han previsto o hechos nuevos, como el ejemplo señalado líneas arriba al ser designado en varios procesos arbitrales con los mismos árbitros como miembros del tribunal arbitral. La aclaración, precisión o ampliación del deber de revelación que realice el árbitro sobre determinados hechos no solo va a permitir que la parte que incluso solicitó su ampliación del deber de revelación pueda ver la idoneidad e imparcialidad del árbitro, sino que puede permitir que la otra parte que no lo solicitó, por desconocer determinados hechos, pueda llegar a conocer algunos hechos que le generarán dudas sobre la imparcialidad del árbitro, como ha sucedido varias veces, obligando a renunciar a los árbitros o en el peor de los casos a que el árbitro sea recusado, o en otros casos, simplemente, la parte que no lo solicitó trata de dilatar el proceso con una recusación.

El Código de Ética señala a su vez, en su artículo 4.2.b, aquello que considera como conflicto de interés y supuestos de revelación, señalando como tales supuestos, los siguientes:

i. Si tiene algún interés, presente o futuro, vinculado a la materia controvertida o si adquiere o pudiese adquirir algún beneficio directo o indirecto de cualquier índole respecto al resultado o la tramitación del arbitraje.

ii. Si ha mantenido o mantiene alguna relación relevante de carácter personal, profesional, comercial o de dependencia con las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros, que pudiera afectar su desempeño en el arbitraje de conformidad con lo establecido en este Código.

iii. Si es o ha sido representante, abogado, asesor y/o funcionario o ha mantenido algún vínculo contractual con alguna de las partes,

sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros en los últimos cinco años.

iv. Si ha mantenido o mantiene conflictos, procesos o procedimientos con alguna de las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros.

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.

vi. Si existe cualquier otro hecho o circunstancia significativos que pudieran dar lugar a duda justificada respecto a su independencia.

vii. Otras circunstancias previstas en la normativa de contrataciones del Estado como supuestos de afectación de los principios de independencia e imparcialidad.

Dichos supuestos no lo son todos, pues como bien lo señalan en la Directrices IBA, muchas veces nos encontraremos ante situaciones determinadas que no necesariamente encajarán en los enunciados señalados, sino que se deberán fijar para cada caso en concreto, por lo que, *ante la duda será mejor revelar*.

En algunos casos, los árbitros que han sido objeto de recusación por presuntamente haber incumplido el deber de revelación formulan sus descargos; no obstante ello, a su vez, renuncian a su nombramiento como árbitro, pues no desean verse inmersos en una recusación fundada, la cual podría generar dudas sobre su accionar para futuros nombramientos y el consecuente inicio de un procedimiento sancionador a cargo del Consejo de Ética.

Este deber de revelación es recogido por la doctrina y jurisprudencia internacional, como en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, que

en su artículo 11 señala: "Cuando se haga saber a una persona la posibilidad de que sea designada para actuar como árbitro, dicha persona deberá revelar toda circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. A partir de su nombramiento, y a lo largo de todo el procedimiento, todo árbitro revelará sin demora a las partes y a los demás árbitros tales circunstancias, salvo que ya le hubiere informado al respecto»; o en el artículo 1456 del Código Civil francés, que establece que el árbitro: «Tiene también la obligación de revelar sin dilación, cualquier circunstancia de igual naturaleza que pudiera surgir después de la aceptación de su misión». Así, se precisa que el deber de revelación debe ser continuo, existe, por lo tanto, una obligación del árbitro de revelar hechos nuevos.

Como lo hemos señalado al inicio, en nuestro país los centros de arbitraje han adoptado las Directrices de la International Bar Association sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional, no obstante, estas directrices no tienen un carácter vinculante para los árbitros, pero su uso en el Perú se ha hecho ya una costumbre.

La revelación del árbitro sobre un posible conflicto de intereses permitirá que las partes puedan determinar si existe alguna, aunque sea pequeña, sombra de duda sobre el accionar del árbitro al resolver la controversia materia del arbitraje, por lo que más que un deber constituirá una obligación de los árbitros, pues de infringir dicho deber de revelación los árbitros no solo podrán ser apartados del proceso por una recusación fundada, sino que pueden ser objeto de sanciones por la conducta transgresora de las normas de ética, sanciones que van desde la amonestación —suspensión temporal de hasta cinco años— hasta la inhabilitación permanente. Conforme lo señala el artículo 255.1. del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado,[14] dichas sanciones serán graduadas de acuerdo a criterios como: la naturaleza de la infracción, intencionalidad, reiteración, motivos del comportamiento, impacto

14 Decreto Supremo n.º 344-2018-EF.

de la conducta en el proceso arbitral y el daño causado. De igual forma se tendrá en cuenta la conducta que haya tenido durante el proceso y, en su caso, el reconocimiento de la infracción cometida antes que la misma sea sancionada.

Por lo que el árbitro, al tener dudas, deberá revelar. Con ello, el árbitro podrá demostrar que es transparente en su accionar, más aún si tenemos en consideración que no hay una regla exacta que establezca *qué se debe revelar o no*, por lo que concluimos que *la revelación es un tema a revisar caso por caso*.

3. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO PUIG, José María. «La independencia e imparcialidad de los árbitros». En *Revista Peruana de Arbitraje*, 2006, tomo 2.

CORTINA, Adela. *¿Para qué sirve la ética?* Versión completa. Video de YouTube, 15 julio 2019. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=HOY0CSVAA4w>.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. «Contenido ético del deber de revelación del árbitro y consecuencias de su trasgresión». En *Arbitraje*, 2013, n.º 3, vol. VI.

MANTILLA-SERRANO, Fernando y Philippe PINSOLLE. «La independencia del árbitro y su obligación de revelación». En *Arbitraje Internacional, pasado, presente y futuro. Libro homenaje a Bernardo Cremades e Yves Dereins*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2013, tomo II.

OSTERLING PARODI, Felipe y Gustavo MIROQUESADA MILICH. *Conflicto de intereses: el deber de declaración y revelación de los árbitros*. Mayo 2013.

SALAZAR BONDY, Augusto. «Vocabulario filosófico». En *Iniciación filosófica*. Lima: Editorial Mantaro, 2000, quinta edición.

URTEAGA REGAL, Carlos Alberto. *Axiología y derecho*. Lima: Fondo Editorial de la UCV, 2017.

EN BUSCA DE UN ÁRBITRO CONCILIADOR

Karina Zambrano Blanco [*]

Sumario: 1. Antecedentes.— 2. Algunos conceptos elementales para resolver los arbitrajes mediante un acuerdo.— 2.1. Concepto de conflicto.— 2.2. Los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos - MARC.— 3. Arbitraje entre una entidad y un consorcio resuelto mediante transacción.— 4. Modelo de homologación de transacción a laudo arbitral.

Decreto Legislativo n.º 1071

Artículo 50.- «Transacción

1. Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que resuelva la controversia en forma total o parcial, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones con respecto a los extremos acordados y, si ambas partes lo solicitan y el tribunal arbitral no aprecia motivo para

[*] Árbitra y conciliadora, desde 1999. Formadora de conciliadores y árbitros desde el año 2000. Especialista como árbitra en contratos con el Estado. Abogada por la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco (1998). Conciliadora extrajudicial con especialidad en familia del Ministerio de Justicia (1999) Expedita del Magíster de la Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional de la Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP (1999), Posgrado de Desarrollo y Defensa Nacional del Centro de Altos Estudios Nacionales - CAEN (2000). Egresada del Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (2004,). Posgrado en Gerencia en Administración Pública en la Escuela Superior de Administración y Negocios - ESAN (2006). Posgrado en Arbitraje Internacional y Mediación por American University Washington College of Law y Center on International Commercial Arbitration, realizado en Washington D. C. (2016). Fundadora del Centro de Arbitraje & Dispute Boards y Formación de la Asociación Zambrano y del Centro de Conciliación Soluciona (2008). Cofundadora del Centro de Conciliación y Arbitraje APSIC (1999). Ha sido capacitadora del Ministerio de Justicia (2001) y del OSCE (2009). Jueza suplente Corte Superior de Justicia Cusco (2008). Directora de Logística de la Municipalidad Provincial del Cusco (2007).

> oponerse, hará constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes sin necesidad de motivación, teniendo dicho laudo la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo de la controversia».
>
> Ley n.º 26572
>
> Artículo 41.- «Los Árbitros son competentes para promover la conciliación en todo momento.
>
> Si antes de la expedición del Laudo, las partes concilian, o transigen sus pretensiones los Árbitros, dictarán una orden de conclusión de procedimiento, adquiriendo lo acordado, la autoridad de cosa juzgada.
>
> Si lo piden ambas partes y los Árbitros lo aceptan, la conciliación o transacción, se registrará en forma de laudo arbitral, en los términos convenidos por las partes, en cuyo caso se ejecutará de la misma manera que un laudo arbitral. Este Laudo no requiere ser motivado.
>
> Cuando la conciliación o transacción fueron parciales, continúa el proceso respecto de los demás puntos controvertidos».

1. ANTECEDENTES

Con la finalidad de desarrollar el presente artículo es necesario referirnos a la historia de la conciliación y arbitraje en el Perú y, a la vez, narrar mis inicios en tan digna labor, toda vez que mi carrera profesional evolucionó conjuntamente con los mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

El nacimiento de la conciliación y el arbitraje en el Perú se dio gracias a dos leyes importantes: la Ley n° 26572, promulgada el 20 de diciembre de 1995, y la Ley n°. 26872, promulgada el 29 de octubre de 1997, existiendo pocos casos a fines del siglo XX.

A inicios del año 2001 en el Perú, y atendiendo a la quinta disposición complementaria, transitoria y final de la Ley n.° 26872, se otorgó a

la conciliación extrajudicial la categoría de requisito de admisibilidad para interponer un proceso judicial en materias disponibles, generando un impacto en la comunidad jurídica, toda vez que antes de interponer un juicio en la mayoría de los procesos civiles, las partes debían acudir obligatoriamente a conciliar, de llegar a un acuerdo para finalizar la controversia. De no lograr dicha conciliación, entonces se cumplía el requisito de admisibilidad para que las partes pudieran interponer su demanda en la vía judicial mediante una copia certificada del acta de no haber llegado a un acuerdo.

En mi calidad de abogada, conciliadora y capacitadora, y administrando mi propio centro, he sido testigo y actora privilegiada de este crecimiento de la cultura de paz. En el 2001 se llegó a realizar en promedio alrededor de quinientas conciliaciones por mes, llegando a promover acuerdos totales en una de cada dos conciliaciones.

Atendiendo a mi experiencia, a mediados del año 2001 recibí la primera invitación de una entidad para participar en un arbitraje entre el Estado y una empresa de alimentos. Entonces no contaba con experiencia alguna en un proceso arbitral, pero disponía de las herramientas de la doctrina sobre teoría del conflicto y negociación, además de la práctica constante conciliadora extrajudicial.

El tribunal arbitral en aquella oportunidad estaba constituido por la autora de este artículo y dos árbitros más. Después de la demanda y la correspondiente contestación, citamos a una audiencia de conciliación, fijación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios, luego de lo cual fijamos fecha para audiencia. El día de la audiencia de conciliación solicité a los árbitros hacerme cargo de la audiencia, posteriormente los tres árbitros propiciamos el ambiente para que las partes arribaran a un acuerdo, lo que fue muy bien recibido por ambas partes. Gracias a la aplicación de algunas técnicas de negociación, los árbitros ayudaron a las partes para resolver la controversia mediante

conciliación, por lo que, a su solicitud, procedimos a homologar el acuerdo a laudo arbitral atendiendo al artículo 41 de la Ley n.° 26572.

Esta experiencia cambió mi perspectiva del arbitraje y también de la conciliación, toda vez que, además de participar en calidad de árbitra, podía aplicar las técnicas de la conciliación basadas en la teoría de la negociación de Fisher y Ury. Gracias a esto, ambas partes salían ganando, pues al optar por un mecanismo heterocompositivo sería un tribunal arbitral el que resolvería la controversia, pero con base en un método autocompositivo, pues dicha instancia asumiría como su laudo el acuerdo alcanzado por las partes, es decir, se homologará el acuerdo de las partes a través de un laudo arbitral.

La conciliación o transacción de las partes generó consenso, por lo que ya no fue necesario redactar un laudo extenso que, por más perfectible que pudiera haber sido, siempre era probable que alguna de las partes o ambas no hubieran estado satisfechas con el resultado. En virtud de este acuerdo, ninguna de las partes ya no interpuso recursos de anulación, ni de rectificación, integración e interpretación del laudo. Sobre todo, el impacto más grande fue que la relación comercial entre las partes se restableció satisfactoriamente.

Una ventaja que se puede destacar es el considerable ahorro de tiempo. Efectivamente, este es el bien más preciado en nuestra sociedad moderna, pues su correcta administración evita quiebras, fracasos y pérdidas. Se atribuye al famoso filósofo político y pensador Séneca la siguiente frase: «Nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía». Alivia saber que un acuerdo dentro de un proceso arbitral beneficia a las partes y a la sociedad privilegiando la celeridad y la eficacia.

La combinación del arbitraje y la conciliación permite resolver una controversia de forma más eficiente, toda vez que se logran decisiones consensuadas, es decir, en ellas actúan diligentemente las partes y los

árbitros con ventajas para todos, tal como lo expuse en el caso comentado líneas arriba.

En mi desenvolvimiento como árbitra única, ha sido fácil conducir a las partes a un acuerdo. Sin embargo, la falta de experiencia de los actores en el arbitraje para aplicar técnicas de conciliación o negociación no permitieron en muchos casos que las partes arriben a más acuerdos en los distintos tribunales arbitrales que conformé. De este modo, la conciliación se convirtió en un mero formalismo, sin muchas diferencias frente al tradicional sistema judicial peruano. En la actualidad, la mayoría de los árbitros, emulando a los jueces, se limitan a preguntar si las partes tienen un acuerdo y, en caso de recibir la respuesta negativa, proceden a fijar los puntos controvertidos y admitir medios probatorios y continuar con el arbitraje, sin fecha cierta para su culminación.

La conciliación y/o transacción estuvo prevista en el artículo 41 de la Ley n.° 26572 y, actualmente, en el artículo 50 del Decreto Legislativo n.° 1071. Sin embargo, los arbitrajes que finalizaron mediante acuerdo son muy escasos para las estadísticas. Hasta la fecha, la comunidad arbitral no promueve ni aplica las técnica de la conciliación y/o negociación en sus arbitrajes.

En cuanto a mi experiencia, en calidad de árbitra única o conformando tribunal arbitral, he promovido la conciliación y/o transacción en los arbitrajes exhortando a las partes a arribar a un acuerdo. Sin embargo, a lo largo de dos décadas de ejercicio se han logrado solo alrededor de veinte transacciones homologadas a laudo arbitral, lo cual es una cifra interesante como logro personal, pero no muy significativa en comparación con el volumen total de arbitrajes a nivel nacional.

La propuesta de articular los procedimientos tanto de la conciliación como del arbitraje, además, lograría superar las reticencias de conciliadores y árbitros que, en algunos casos, tienden a una mutua apreciación poco valorativa de sus actuaciones toda vez que ambos mecanismos se

complementan y pueden ser utilizados a pedido de las partes o por iniciativa del árbitro o tribunal arbitral sin afectar su función decisoria.

Es por este motivo que considero importante dar a conocer a la comunidad arbitral los conceptos y técnicas de la negociación necesarios para lograr la resolución de arbitrajes mediante conciliación y/o transacción y, de esta manera, definir algunos conceptos que podrían ayudar al árbitro entender la naturaleza del conflicto, con la finalidad de lograr empoderarse en cada audiencia de arbitraje, permitiendo el crecimiento de árbitros conciliadores.

2. ALGUNOS CONCEPTOS ELEMENTALES PARA RESOLVER LOS ARBITRAJES MEDIANTE UN ACUERDO

2.1. Concepto de conflicto

Entender que el conflicto no solo tiene una concepción negativa, sino también positiva, entendida como una oportunidad para el crecimiento. Como parte del proceso de cambio, y que es la raíz de la evolución de la humanidad, que nos ayuda a reconocer las diferencias y los diferentes puntos de vista y que se constituye como un nuevo proyecto de vida, cambió mi perspectiva del conflicto y de la forma como debía participar en los arbitrajes.

La sociedad en conjunto no ha recibido una formación sobre teoría del conflicto, en los colegios y menos en las universidades. Sin embargo, las partes y los árbitros siguen viendo al conflicto como algo negativo y no lo observan como una conducta *neutra*, simplemente pasa y lo que debemos tener en cuenta es cómo reaccionamos ante él, toda vez que dependiendo de ello se resolverán las controversias.

El conflicto no tiene origen en una parte, se genera en la lucha de ambas partes, que en algún momento son incompatibles. Esta incompa-

tibilidad nace, crece, desarrolla y a veces puede morir o quedar estacionaria necesitando en algunos casos intervención de resolución, razón por la cual consideramos al conflicto como un proceso.

La «escalada del conflicto» es cuando el conflicto se agrava o se complica, la complejización del mismo, en el que se produce aumento de los temas de litigio, de las partes involucradas, se traslada la crítica del hecho a las personas, se pasa de utilizar tácticas livianas a utilizar tácticas pesadas, se produce un cambio en la motivación. Lo difícil de la escalada es que una vez comenzada, resulta difícil revertir su proceso.

Las causas de la escalada se basa en que ambas partes tienen aspiraciones altas, falta de confianza, distancia entre las partes, ambas se autoperciben como fuertes y beligerantes, los puntos de vista se polarizan, desean tomar la ley en las manos, se dilata y se retrasa la resolución, se involucran subgrupos, abandono e inacción, agravios entre las partes, presentan argumentos ilógicos y faltos de criterio, las partes se mantienen inflexibles, se profieren palabras e insultos que hieren los sentimiento, las partes juegan sucio.

Son elementos necesarios para resolver un conflicto la toma de conciencia, la sinceridad y la intención de resolver el desacuerdo en la forma más pacífica y beneficiosa para ambas partes, y sobre todo la voluntad de despojarse del sentimiento de «tener la razón».

2.2. Los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos - MARC

Ante una visión positiva del conflicto, se desarrollan los MARC, atendiendo a una preocupación central de los Estados modernos y democráticos que persiguen el bienestar social de su población. Su desarrollo se da a fines del siglo XX, es el resultado de un contexto social de poca confianza y descrédito de la justicia tradicional: los niveles de

corrupción y la falta de independencia del sistema nos ha llevado a programas de reforma y modernización.

Son definidos como las posibilidades distintas al proceso judicial que tenemos para resolver conflictos. Son utilizados como herramientas dentro de la gama de posibilidades sustentadas en el diálogo tales como: negociación, mediación, conciliación y arbitraje.

Es importante precisar que cada país ha regulado con contenidos distintos los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, en sus legislaciones; sin embargo, la esencia es única en cuanto a la resolución autocompositiva, es decir que el acuerdo se resuelve por las mismas partes y la intervención del tercero es coadyuvante como la negociación, la transacción, la mediación, la conciliación, que es diferente en cuanto a la composición heterocompositiva, donde el tercero resuelve, como un juez como el árbitro.

La negociación es un proceso de comunicación directa entre las partes interesadas con el propósito de acordar una solución. Es la forma más común y más popular de resolver diferencias. La negociación tiene la ventaja de permitir a las propias partes mantener el control absoluto sobre el proceso y sobre la solución.

Son elementos de la negociación, intereses, alternativas, opciones, legitimidad y compromiso. Son fases de la negociación: 1) establecimiento de las reglas del juego; 2) identificación de posiciones e intereses y elaboración de la agenda definitiva; 3) creación de opciones y toma de decisiones; y 4) acuerdo.

La negociación colaboradora o integradora a diferencia de la negociación adversarial, competitiva o distributiva, busca uno o más arreglos que puedan crear una solución con base en los intereses de las partes. La fórmula es «ganar-ganar», fortaleciendo así las relaciones a largo plazo. Busca identificar los intereses o necesidades para que a partir de ellos

generar opciones creativas, justas y eficientes que puedan satisfacer mutuamente las necesidades y preocupaciones reales de las partes.

MAAN es la mejor alternativa al acuerdo negociado. El poder de negociación se encuentra en las alternativas con las que podemos contar fuera de la mesa de negociación, independientemente de la voluntad del otro. Si ambas partes tienen un MAAN, es posible que lo mejor para ambas, sea no llegar a un acuerdo. PAAN es la peor alternativa al acuerdo negociado, es aquella alternativa fuera de la mesa de negociación a la cual evitamos recurrir, procurando lograr un acuerdo negociado mejor que dicha alternativa.

La mediación es un proceso de negociación en la que interviene un tercero llamado mediador que acerca a las partes, facilitando la comunicación y propiciando acuerdos comunes. El mediador no propone fórmulas de solución.

La conciliación es un proceso de negociación por el cual dos personas en conflicto con la ayuda de un tercero, conciliador, neutral logran identificar sus intereses en vista a adoptar acuerdos mutuamente satisfactorios para las partes. El conciliador sí propone fórmulas conciliatorias de acuerdo a la ley peruana.

El trabajo del conciliador se basa en el modelo tradicional o de Harvard propuesto por Roger Fisher y Willian, que está dirigido a diferenciar las posiciones de los intereses a partir de la colaboración de las partes con la finalidad de arribar a soluciones o acuerdos basados en intereses. El objetivo de este modelo es arribar a acuerdos mediante una negociación colaborativa asistida y en la narrativa circular propuesta por Sara Cobb. Permite al conciliador que el trabajo se focalice en las narrativas de los conciliadores, partiéndose de la idea que para llegar a un acuerdo, las partes necesitan cambiar el significado de su historia y construir una alternativa que permita ver el problema desde otro ángulo.

En el arbitraje, las partes eligen a un tercero imparcial: árbitro único o tribunal arbitral. El árbitro o árbitros resuelven mediante laudo arbitral que es obligatorio e inapelable, tiene calidad de cosa juzgada. Los tipos de arbitraje son en general de equidad, de conciencia, de derecho y en el Perú también con el Estado.

3. ARBITRAJE ENTRE UNA ENTIDAD Y UN CONSORCIO RESUELTO MEDIANTE TRANSACCIÓN

Expuesto, los fundamentos, para resolver los arbitrajes con el Estado y otros mediante acuerdos denominados, negociación, transacción, conciliación o mediación es necesario describir un caso real, basado en un arbitraje con el Estado (donde radica mi experiencia) en el que se cambian los nombres de los actores, atendiendo al principio de confidencialidad, y demostrar que el acuerdo logró ahorro de tiempo y dinero a las partes con base en la fórmula ganar-ganar.

Es necesario precisar que el acuerdo homologado no refleja las herramientas de negociación y las técnicas de conciliación utilizadas, las tres audiencias de negociación previas al acuerdo ni la energía del árbitro para lograr el acuerdo. Sin embargo, reflejan la coexistencia de un modelo mixto que es arbitrar y conciliar logrando un árbitro conciliador.

4. MODELO DE HOMOLOGACIÓN DE TRANSACCIÓN A LAUDO ARBITRAL

Acta de audiencia de conciliación

Siendo las 12:00 p.m., del día martes 13 de julio de 2021, se reunieron de manera virtual, a través de la plataforma Zoom, la árbitra única Abog. Karina Zambrano Blanco, con correo electrónico karinazambranob@gmail.com, conjuntamente con la Abog. Sharlot Paz, en calidad de secretaria general del Centro de Arbitraje «El Norte», con correo electrónico elnorte@peru.com; con el propósito de llevar a cabo

la audiencia de conciliación reprogramada según Acta de fecha 9 de julio de 2021. Se hace presente de manera virtual, por la parte demandante el CONSORCIO, representado por representante legal común Srta. Adaluz García, con DNI n.º 70707070, según contrato de consorcio; acompañada de su Abog. Linda Santa, con Registro CAL N° 11111, con correo electrónico linda1@pucp.pe, y el Sr. Hans Gretel con DNI n.º 18212494, administrador de la obra, con correo electrónico hansgretel@hotmail.com, ambos autorizados según escrito titulado «Autorizo participación» de fecha 13 de julio de 2021. Asimismo, por la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE EL NORTE, se hace presente el Procurador Público Municipal, Abog. Valiente defensor, con DNI n.º 222222, designado mediante Resolución de Alcaldía n.º 184-2021-MEN, acompañado del asesor legal interno Abog. Superman, con DNI N° 3333333, con Registro ICAC N° 5555, con correo electrónico eldefensor@gmail.com, y el consultor externo en Arbitraje y Convenios de la Entidad, Abog. Experto, con número de inscripción N° 7777 en el Colegio de Abogados de Cusco. I. DEL INICIO DE LA AUDIENCIA. La árbitra única, dio inicio a la audiencia, de conformidad a lo dispuesto en el numeral 3) del Acta de fecha 3 de mayo de 2021. Se deja constancia que la audiencia es grabada en audio y video que forma parte del expediente. II. HOMOLOGACIÓN DE ACUERDO CONCILIATORIO A LAUDO ARBITRAL DE FECHA 13 DE JULIO DE 2021 En virtud al artículo 50 de la Ley de Arbitraje, la árbitra única procede a *homologar* el siguiente acuerdo de las partes que da fin a la controversia: Arbitraje Institucional n.° 00001/NORTE arbitraje entre LA ENTIDAD y EL CONSORCIO.

Homologación de transacción a laudo arbitral

1. Con la finalidad de arribar a un acuerdo y dar por finalizadas todas nuestras controversias, derivadas de la ejecución del Contrato n.º 10100-MDEN «Mejoramiento de los servicios educativos del nivel secundario del Colegio Feliz. del Municipio del Norte», EL CONTRATISTA *renuncia* a todas

sus pretensiones formuladas en la demanda de fecha 23 de septiembre de 2020, las que pasó a indicar: 1. Primera pretensión principal: que, el árbitro único declare nula y sin efecto legal alguno la intervención económica realizada por la Municipalidad Distrital del Norte mediante la Resolución de Alcaldía n.° 211-2019-MDEN, por haberse ejecutado en contravención con la normativa de contrataciones del Estado. 2. Primera pretensión accesoria a la primera pretensión principal: que, el árbitro único ordene que la Municipalidad Distrital del Norte devuelva a nuestro CONSORCIO los montos retenidos de forma ilegal por la suma ascendente a S/ 190 000,00 (ciento noventa mil y 00/100 soles) más intereses. 3. Segunda pretensión accesoria a la primera pretensión principal: que, el árbitro único declare la nulidad e ineficacia de la carta notarial del 3 de febrero del 2019 (debe decir 2020) mediante la cual la Municipalidad Distrital del Norte nos comunicó la finalización de la intervención económica. 4. Segunda pretensión principal: que, el árbitro único declare la nulidad e ineficacia de la Resolución de Alcaldía n.° 029-2020-MDEN de fecha 5 de febrero del 2020, con la que se dispone concluir la intervención económica y resolver el Contrato n.º 1000-2018- MDEN; en consecuencia, que se declare la nulidad e ineficacia de las cartas notariales del 5 de febrero del 2019 (debe decir 2020) y del 13 de febrero del 2020 con las que se nos comunica dicho acto ilegal y, por ende, que se declare válido el contrato con todos sus efectos legales y que EL CONSORCIO, no ha incurrido en ningún retraso injustificado y/o incumplimiento de sus obligaciones, no siendo pasible de que se le aplique ninguna penalidad. 5. Tercera pretensión principal: que, el árbitro único ordene a LA ENTIDAD, pagar a favor de nuestro CONSORCIO, un monto ascendente a S/ 366 596,05 (trescientos sesenta y seis mil quinientos noventa y seis con 05/100 soles), más los intereses que devenguen desde la fecha de presentación de la presente demanda hasta su fecha efectiva de pago; por el

concepto de los mayores gastos generales de las ampliaciones de plazo debidamente aprobadas por la entidad (ampliaciones n.os 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7). Cuarta pretensión principal: que, el árbitro único declare la nulidad e ineficacia de la Resolución de Alcaldía n.° 037-2020-MDEN de fecha 27 de enero del 2020, mediante la cual la Municipalidad Distrital de Livitaca denegó la Ampliación de Plazo n.° 08 y como consecuencia de aquello, apruebe esta ampliación de plazo por cuarenta y tres (43) días calendario, con el reconocimiento de los mayores gastos generales que le correspondan a dicha ampliación, más los intereses legales que correspondan hasta su fecha efectiva de pago. Quinta pretensión principal: que, el árbitro único ordene que los gastos arbitrales derivados del presente proceso sean asumidos en su totalidad por LA ENTIDAD.

2. Asimismo, EL CONTRATISTA se allana a todas las pretensiones de LA ENTIDAD, formuladas en su escrito de demanda reconvencional de fecha 27/10/20 (subsanada con el escrito del 19/11/20), las cuales paso a detallar: 1. Primera pretensión principal de la reconvención: que se determine el incumplimiento de obligaciones contractuales de EL CONTRATISTA. 2. Segunda pretensión principal de la reconvención: que se determine la validez de la resolución del contrato comunicada por LA ENTIDAD mediante carta notarial de fecha 13 de febrero de 2020. 3. Primera pretensión accesoria a la segunda pretensión principal de la reconvención: que se determine la aplicación de la máxima penalidad del 10 % del monto del contrato. 4. Segunda pretensión accesoria a la segunda pretensión principal de la reconvención: que el árbitro único ordene la ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento por mantener un carácter resarcitorio.

3. EL CONTRATISTA se desiste de toda pretensión futura respecto a la ejecución de las cartas fianza de adelanto directo y adelanto por materiales realizadas por la Municipalidad Distrital del Norte, así estas se hayan realizado de manera excesiva, siendo nula cualquier pretensión respecto a devoluciones, indemnizaciones y/u otros derivados de las mismas, por lo que EL CONSORCIO reconoce que la ejecución de las citadas cartas fianza se realizó de forma correcta y adecuada, aceptando el consentimiento de dicha ejecución.

4. EL CONTRATISTA renuncia a cualquier pretensión de devolución de materiales sobrantes en obra, herramientas u otras derivadas de la resolución contractual.

5. EL CONTRATISTA se compromete a cumplir con los terceros que hubieran sido subcontratados para la adquisición de bienes o servicios durante la ejecución del Contrato n.º 100000-2018-MDEN «Mejoramiento de los servicios educativos del nivel secundario de la I.E. El Norte», hasta la resolución del contrato.

6. EL CONTRATISTA renuncia a cualquier saldo positivo, como resultado de la liquidación de cuentas a favor de LA ENTIDAD.

7. Atendiendo a que EL CONTRATISTA ha renunciado a todas sus pretensiones indicadas en el numeral 1 y se allana a las pretensiones de LA ENTIDAD indicadas en el numeral 2 de la presente acta, LA ENTIDAD desiste de la segunda pretensión accesoria a la segunda pretensión principal de la reconvención, por lo que devuelve la Carta Fianza n.º 7878787878 emitida por COMPAÑÍA DE SEGUROS S. A., por un monto de S/1 467 394,00 y sus renovaciones a EL CONTRATISTA. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de suscrita la presente acta, LA ENTIDAD emitirá la resolución de devolución de carta fianza, inmediatamente EL CONTRATISTA se apersonará a la tesorería

de LA ENTIDAD con una solicitud de devolución de carta fianza, a la que se debe adjuntar la resolución que autoriza la devolución, y en caso de otorgar poder, deberá ser un poder notarial fuera de registro con facultad específica de recepción de la carta fianza.

8. Ambas partes dan por resueltas todas sus controversias y se comprometen a no iniciar ningún proceso judicial, civil, penal, administrativo o de otra índole, en virtud de la ejecución del Contrato n.º 1000000-2018-MDL/CH «Mejoramiento de los servicios educativos del nivel secundario de El Norte».

Sobre gastos arbitrales se hace presente que hasta la fecha los gastos arbitrales fueron liquidados de manera separada en razón a la demanda y reconvención, habiendo LA ENTIDAD pagado la totalidad de los que le corresponden, quedando un saldo de EL CONSORCIO de los siguientes importes: la suma de S/ 2978,98 por concepto de honorarios árbitro único; la suma de S/ 7641,14, por concepto de gastos administrativos del Centro de Arbitraje

CONDONACIÓN DE GASTOS ARBITRALES. En el presente acto, la árbitra única acuerda liquidar los importes pendientes relacionadas a gastos arbitrales que adeuda EL CONSORCIO por haber arribado a un acuerdo. Asimismo, mediante Decisión Directoral n.º 07 de fecha 7 de julio de 2021, el director del centro autorizó la condonación de los gastos arbitrales adeudados por EL CONSORCIO, con el fin de respaldar la decisión ofrecida por la árbitra única a las partes si llegaran a conciliar durante el proceso arbitral. Siendo así, no existen adeudos de las partes en el presente proceso arbitral.

Siendo las 12 horas y 45 minutos, la árbitra única, dio por concluida la audiencia virtual.

Redactada la presente, se procedió a compartirla mediante la plataforma digital a las partes asistentes para que puedan visualizarla y, en señal de conformidad y aceptación, autorizan conjuntamente con la árbitra única a que la secretaria arbitral suscriba el acta y luego se encargue a la misma a recopilar las firmas de cada representante, así como entregar una copia gratuita de la presente acta. Se procede a remitir de manera virtual, así como el enlace del audio y video.

Notifíquese a las partes.—

LA CONCILIACIÓN COMO MECANISMO ALTERNATIVO A LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL PERÚ

UNA PROPUESTA FORTALECIDA PARA EL BICENTENARIO

Lesly Nadir Shica Seguil [*] [**]

Sumario: 1. Introducción a los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos - MARC.—1.1. Justificación de los MARC.— 1.2. Los MARC según la forma en la que se resuelve un litigio.— 1.2.1. Ejemplos de MARC en el sistema jurídico anglosajón.— 1.2.2. Ejemplos de MARC en el sistema jurídico continental.— 1.2.2.1. Arbitraje.— 1.2.2.2. Mediación.— 1.2.2.3. Conciliación.— 2. La conciliación extrajudicial en el Perú.— 2.1. Las ventajas de la conciliación.— 2.2.

[*] Certificada en Young Leaders of the Americas Initiative -YLAI. Abogada gestora con experiencia en el sector público en regulación de servicios de telecomunicaciones, salud, medio ambiente, desarrollo, inclusión y seguridad social. En el sector privado, en negociación de relaciones y contratos en diferentes niveles, corporación minera y gestión de personas. Miembro del Directorio Nacional de Investigadores e Innovadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología - CONCYTEC. Maestría en Inteligencia Estratégica en el Centro de Altos Estudios Nacionales - CAEN. Cuenta con certificado ejecutivo en Seguridad Global y Gestión de Políticas Públicas por la Florida International University; Gobierno Abierto y Gobernabilidad por la Universidad de Salamanca; y en Negociación y Mediación de Conflictos por la Universidad de Castilla-La Mancha, España, además del respaldo del curso Design Thinking por la Universidad San Ignacio de Loyola. Es becaria del programa Becas Santander Skills - Professional Development ESADE. Ostenta el grado de teniente (Rsv.) del Ejército del Perú y fue ponente líder de jóvenes en el CADE Ejecutivos 2019. Abogada por la Universidad de Ciencias Aplicadas (UPC).

[**] El presente artículo se realizó con la colaboración de la bachiller Mary Carmen Estela Ayamamani de la Facultad de Derecho de la UPC, especialista en contrataciones del Estado (Universidad Nacional Mayor de San Marcos). Reconocida por el Congreso de la República como Parlamentaria Joven 2020.

Registro Nacional de Centros de Conciliación Extrajudicial.— 2.3. Centros de formación y capacitación en materia de conciliación extrajudicial.— 3. Conclusiones.— 4. Recomendaciones.— 5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN A LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS - MARC

Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, en adelante, MARC (o ADR, por sus siglas en inglés), son aquellos cuyo propósito es solucionar problemas con relevancia jurídica en los que se sitúan dos o más individuos con intereses contrapuestos, siendo alternativas con menores costos de tiempo y dinero en comparación del proceso judicial. Así, autores coinciden y complementan esta perspectiva al definir los MARC como: «acuerdos, procedimientos de negociación y administración privada de controversias que las partes de una relación contractual diseñan con la finalidad de: (i) evitar o minimizar que las controversias puedan surgir entre ellas durante la ejecución de la relación contractual; y; (ii) resolver expeditivamente aquellas disputas que, a pesar de los esfuerzos efectuados previamente, no han podido ser resueltas por las partes».[1] Es decir, las partes inmersas en disputas jurídicamente relevantes acceden voluntariamente a uno de estos mecanismos, considerando que no podrían iniciarse de no conseguir la voluntariedad de ambas partes, siendo entonces el proceso judicial la única posibilidad de resolución formal.

Los derechos pretendidos en los MARC son permitidos por la legislación de cada Estado. Sin embargo, los casos más comunes para utilizar los MARC son aquellos que versan sobre pretensiones de libre disponibilidad de materias civiles, comerciales, familia y contrataciones con

[1] PAREDES, Gustavo y Jaime GRAY. «Mecanismos alternativos de resolución de disputas en construcción». En *Revista de Derecho Administrativo CDA - Círculo de Derecho Administrativo*, enero 2008, n.º 4, año III, p. 1.

el Estado como, por ejemplo: pago de deudas, indemnización de daños y perjuicios, pensión de alimentos, régimen de visita, entre otros.

1.1. Justificación de los MARC

Desde una perspectiva general, los intereses de las personas que viven en sociedad tienen puntos en común y también en contra. Esto conlleva a que exista pugna de objetivos o desacuerdos sobre determinados asuntos, pudiendo algunos ser resueltos en corto tiempo. Sin embargo, existen pugnas o controversias que no arriban a un acuerdo entre las partes, pero a diferencia de otras que resultan de interés entre ellas, estas versan sobre asuntos con relevancia jurídica, teniendo que ser resueltas con la ayuda de un tercero calificado en el ámbito judicial o de los MARC. Estos asuntos pueden ser situaciones conflictivas en torno a: «fronteras o territorios inciertos o amenazados de destrucción de bienes, separación, divorcio, tenencia de hijos, aún en el precio o valor de un inmueble, en el costo de una prestación de servicio».[2] En la búsqueda de soluciones imparciales, los ciudadanos —por lo general— acuden a instancias judiciales. No obstante, esto puede implicar un largo tiempo de espera hasta obtener una solución, superando la expectativa debido a la alta carga procesal existente en los órganos judiciales.

Por ejemplo, la Gerencia General del Poder Judicial peruano informó en el 2020, a través de su *Boletín Estadístico Institucional* n.° 02-2020, que la carga procesal de los diferentes órganos del Poder Judicial ascendía a 2 112 152 procesos, número que incluía procesos en trámite y los pendientes, dentro del plazo de impugnación. Además, el mismo boletín advierte que la tasa de congestión es un indicador importante, debiendo no ser superior a uno (1), pues en ese supuesto existiría congestión en los órganos judiciales, lo que significa que no se le estaría brindando la atención y el trámite a los casos dentro del período.

---

2 DIOGUARDI, Juana. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010, p. 20.

Así, en el reporte particular peruano, muestra que la tasa de congestión de procesos en trámite de enero a junio de 2020 fue de 4,14, superando el límite establecido. Ello puede apreciarse en el cuadro n.º 1:

Cuadro n.º 1

CARGA PROCESAL Y TASA DE CONGESTIÓN DE PROCESOS EN TRÁMITE
ENERO - JUNIO / 2020

Actualizado al 15/07/2020

Por tipo de órgano y condición		Procesos en trámite				Carga procesal	Tasa de congestión
		Pendientes al 01/01/2020		Ingresos*	Resueltos		
		Trámite	Plazo de impugnación				
		(A)	(B)	(C)	(D)	(E) = (A)+(C)	(F) = (E/D)
Tipo de órgano		**1 099 314**	**962 734**	**320 104**	**342 540**	**1 419 418**	**4,14**
Sala superior		86 429	4649	27 999	25 737	114 428	4,45
Juzgado especializado o mixto		700 982	343 962	212 600	233 849	913 582	3,91
Juzgado de paz letrado		311 903	344 123	79 505	82 954	391 408	4,72
Por condición		**1 099 314**	**692 734**	**320 104**	**342 540**	**1 419 418**	**4,14**
Permanente		1 021 460	661 893	309 289	319 692	1 330 749	4,16
Transitorio		77 854	30 841	10 815	22 848	88 669	3,88
Total		**1 099 314**	**692 734**	**320 104**	**342 540**	**1 419 418**	**4,14**
Carga procesal	**Trámite**	**1 419 418**					
	Total**	**2 112 152**					

Fuente: Sistema Integrado Judicial - Formulario Estadístico Electrónico
Elaboración: Sub Gerencia de Estadística - Gerencia de Planificación
* Los ingresos no incluyen los de otra dependencia.
** La carga procesal total incluye los procesos pendientes en plazo de impugnación.

Lo mencionado advierte que si bien existe el camino judicial para resolver litigios, en diversos países del mundo, incluyendo el Perú, los MARC surgen como alternativa célere por ser considerados de mayor eficiencia para resolver conflictos que versen sobre materias permitidas por la regulación nacional. En este sentido, los MARC son medios extrajudiciales alternos que tienen la finalidad de resolver conflictos con relevancia jurídica, siempre que versen sobre derechos disponibles entre las partes y que exista voluntariedad de optar por estos medios alternativos sobre los tradicionales de nuestra comunidad.

1.2. Los MARC según la forma en la que se resuelve un litigio

Doctrinalmente, Alcalá-Zamora y Castillo[3] han realizado una clasificación de las formas en la que puede resolverse un litigio, esto es a través de la autodefensa, la autocomposición y heterocomposición. Por ello, a fin de homogeneizar la comprensión de los medios para solucionar conflictos, los ejemplificaremos según dicha clasificación.

En la autotutela o autodefensa, los conflictos se pretenden resolver imponiendo la pretensión de una de las partes sin lograr el consenso de los contendientes. Ello puede ser perjudicial para la contraparte porque existe una imposición. Considerando que aquí no hay consenso, bajo esta consigna se advierte que puede ocurrir la comisión de otros delitos.

Sobre el particular, se debe precisar que, en la actualidad, el Estado ha asumido el ejercicio de la jurisdicción. Por ejemplo, acorde a la Constitución Política del Perú, la administración de justicia es ejercida por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos, quedando la autotutela prohibida parcialmente, salvo excepciones como la legítima defensa, lo que cobra sentido considerando que en un Estado de derecho los ciudadanos debemos respetar los límites que son establecidos por las normas jurídicas. Por ello, el proceso judicial, por defecto, es el mecanismo de habitual recurrencia ciudadana ante la necesidad de dirimir un conflicto con relevancia jurídica.

La autocomposición, al igual que la autotutela, no cuenta con la intervención decisoria o de solución de un tercero externo, siendo únicamente la participación del tercero el rol de facilitador para que las partes del conflicto logren un acuerdo; sin embargo, no existen imposiciones que perjudiquen sustancialmente a una de las partes del conflicto. Por ejemplo: la conciliación y la mediación.

---

3 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. México D. F.: UNAM, 1970.

Referente a la conciliación, es un MARC utilizado en diversos países del mundo; asimismo, según Johan Galtung, el creador de los estudios para la paz y los conflictos, la conciliación es considerada uno de los pilares en la cultura de la solución de conflictos, indispensable en la educación para generar una cultura más dispuesta a la paz.

La heterocomposición se caracteriza por la obligatoria intervención de terceros ajenos al conflicto, generalmente, a voluntad de las partes, siendo los terceros los que darán una solución ante la falta de acuerdo, es decir, resuelven el conflicto con imparcialidad, a solicitud de los contendientes. Por ejemplo: el arbitraje y, tradicionalmente, el proceso judicial.

Teniendo en cuenta la gran variedad de MARC, el sistema de administración de justicia tiene el deber de fomentar su uso, a través de centros de medios alternativos de solución de conflictos. En este sentido, fue establecido como objetivo general del Programa de Mejoramiento del Sistema de Administración de Justicia - PMSAJ, en el Plan Bicentenario: el Perú hacia el 2021, presentado por el Centro Nacional de Planeamiento Estratégico - Ceplan, en el cual indica expresamente lo siguiente: «se busca fortalecer la articulación de las instituciones del Sistema de Administración de Justicia (en este caso, el Poder Judicial, el Ministerio de Justicia y la Policía Nacional del Perú) a través de la implementación de centros integrados a nivel nacional que ayuden a la solución de conflictos por medios alternativos o judiciales y mejoren el nivel de confianza del ciudadano en el sistema mediante la integración espacial y la puesta en práctica de un conjunto de propuestas funcionales y operacionales que acerquen el quehacer de estas instituciones».

En este sentido, es indispensable fomentar su uso, siempre que resulte pertinente, considerando que no todos los derechos son materia de solución extrajudicial, generalmente siendo aplicables para pretensiones

que versen sobre derechos disponibles de las partes, los que, en principio, son entendidos como aquellos susceptibles de valoración económica en tanto no exista marco normativo que lo prohíba.

1.2.1. Ejemplos de MARC en el sistema jurídico anglosajón

Los MARC han sido desarrollados por diversos países del mundo, por ejemplo, Reino Unido que cuenta con gran variedad *alternative dispute resolution,* adicional a los convencionales. Así lo menciona Marta Blanco Carrasco,[4] quien destaca los siguientes: *ombudsman*, su función es gestionar las quejas de los ciudadanos en relación con algunos organismos públicos o servicios del sector privado, la mayoría de los defensores del pueblo reconocidos se rigen por ley. Otros son sistemas voluntarios no regulados legalmente y creados a iniciativa de los diferentes servicios. La decisión del *ombudsman* es, en algunos sectores meras recomendaciones, mientras que en otros sectores son vinculantes.

El regulador o *regulator* es un órgano creado por ley, pero que actúa con independencia del Gobierno y tiene una o más de las siguientes funciones: inspección, remisión, asesoramiento a terceros, concesión de licencias, acreditación y ejecución. La evaluación neutral o *neutral evaluation*: consiste en que un tercero imparcial presenta un dictamen no vinculante sobre el fondo del asunto. La investigación imparcial,[5] se emplea en casos de complejidad técnica en los que un experto independiente investiga los hechos del asunto y emite un dictamen no vinculante sobre el fondo del litigio.

Por su lado, Estados Unidos, país con sistema jurídico anglosajón, cuenta con otros MARC o ADR tales como la evaluación temprana neutral o *early neutral evalution*, planteada experimentalmente en la década de

---

4 CARRASCO, Marta B. *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos: una visión jurídica*. Madrid: Reus, 2018, p. 36.

los ochenta con la finalidad de establecer la causa de los problemas derivados de los altos costos y demoras en los procesos. Es así que los casos son derivados a un experto tercero neutral para que evalúe un resumen del conflicto, el mismo que será expuesto por los representantes de ambas partes y, posteriormente, el experto neutral propondrá un criterio de solución para continuar en vía jurisdiccional.

Otra alternativa de solución es denominado alquiler de un juez o juez en renta, regulado en el estado de California. Este se caracteriza por su flexibilidad, se puede tomar esta vía a elección de las partes, las que también podrán delimitar ciertos extremos de las reglas formales; sin embargo, el pago y el nombramiento que se les hace a los otros jueces son hechos por el propio estado, por lo que los jueces rinden cumplimiento ante el estado. Los casos convencionales sometidos a esta alternativa de solución de conflictos son los divorcios o litigios comerciales.[6] Cabe señalar que los jueces deben ser especializados en la materia de litigio para garantizar la eficiencia, además de la celeridad, alternativo a un proceso judicial.

Lo mencionado resulta alentador para el sistema de justicia de los países con sistema jurídico anglosajón por la reducción de carga procesal en procesos que pueden ser resueltos en vías alternativas, así como para el ciudadano que se ve inmerso en un conflicto, considerando que al tener mayores alternativas de solución podrá optar por la que le resulte más eficaz según sus necesidades.

1.2.2. Ejemplos de MARC en el sistema jurídico continental

Cabe señalar que, si bien se han revisado ejemplos de países que han desarrollado los MARC's mencionados, el sistema jurídico continental

6 CALDERÓN VÁSQUEZ, Sherly Alejandra. *Métodos no tradicionales de resolución de conflictos y la importancia de regular su incorporación al ordenamiento jurídico guatemalteco en materia mercantil*. Tesis de grado. Universidad Rafael Landívar, Guatemala de la Asunción, 2013. Recuperado de <https://kipdf.com/universidad-rafael-landivar-facultad-de-ciencias-juridicas-y-sociales-licenciatu_5b193e237f8b9a876a8b456d.html>, p. 44.

ha hecho lo propio, así países como España han regulado el arbitraje, la conciliación y la mediación.

1.2.2.1. Arbitraje

El arbitraje cuenta con la intervención de terceros: el árbitro o los árbitros, quienes tienen la finalidad de solucionar o componer un conflicto a solicitud de las partes.

En este sentido, autores como Carrasco definen el arbitraje como:

> [L]a institución mediante la cual las personas naturales o jurídicas someten mediante una declaración de voluntad las cuestiones litigiosas actuales o futuras que surjan en una materia de libre disposición a la decisión de uno o de varios árbitros, vinculándose a dicha resolución. Se trata de un sistema por el cual las partes se aseguran una solución al conflicto. Esta no será alcanzada por ellas mismas, sino por la decisión de un tercero o árbitro que recibe el nombre de laudo, el cual tiene carácter obligatorio por las partes y excluye el conocimiento del conflicto jurisdiccional. La sumisión al arbitraje requiere una declaración de voluntad de las partes que recoge el convenio arbitral y que puede formalizarse tanto antes como después de que surja el conflicto.

En el Perú, el arbitraje es considerado como una de las instituciones destinada a resolver conflictos con mayor reconocimiento y prestigio en el ordenamiento jurídico, siendo gratamente promovido y aceptado por los ciudadanos y organizaciones, puesto que goza de legitimidad y jurisdicción. Ello es reflejado en el incremento anual del número de arbitrajes.

El sistema de gestión de datos de arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, sin hacer distinción de arbitrajes civiles/comerciales y arbitrajes con el Estado, señala que en el 2010 se dieron a lugar 38 arbitrajes, incrementando al 2015 a 291 arbitrajes, y en

el 2020 a 464 arbitrajes anuales.[7] Lo que refleja que el arbitraje como institución ha cobrado mayor uso y reconocimiento por su difusión y la especialización de sus profesionales para tener laudos óptimos.

1.2.2.2. Mediación

La mediación es un mecanismo ágil, no cuenta con gran formalidad, siendo más flexible, pero conducido por un tercero profesional que debe ser imparcial. El mediador cumplirá la función de guiar a lograr el acuerdo que solucione el conflicto sin ninguna intromisión en los intereses de las partes. Los autores pueden definir a la mediación como «aquella que se desarrolla al margen del proceso judicial por un tercero no vinculado a la jurisdicción. En este tipo de mediación, la principal preocupación de los Estados ha sido determinar quién puede ser el mediador y garantizar que estos tengan la formación y capacidad necesaria para desarrollar la mediación».[8]

Este mecanismo ha sido desarrollado normativamente en países con sistema jurídico continental como España, por ello, en atención a la preocupación de los Estados advertida por el autor, el Ministerio de Justicia del Gobierno español ha creado el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación. Dentro de los requisitos exigidos se encuentran; la acreditación del título profesional o educación profesional superior, además de acreditar un seguro que cubra la responsabilidad civil por su intervención en los conflictos en los que participa como mediador. Si bien, ello no garantiza la especialidad en torno al asunto específico, las partes del conflicto deben procurar asistir con un mediador especializado, según su conflicto.

---

7 CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS - PUCP. *Arbitraje en cifras*. Recuperado de <https://carc.pucp.edu.pe/servicios/arbitraje/arbitraje-en-cifras/>.

8 CARRASCO, Marta B. *Op. cit*., p. 45.

1.2.2.3. Conciliación

La conciliación puede tener semejanzas con la mediación; sin embargo, el rol del mediador es el de guiar a las partes hacia un acuerdo, como facilitador del diálogo sin ninguna intervención sobre los intereses de las partes.

Por su lado, el conciliador puede proponer una o varias formas de solución a las disputas. La conciliación puede ser definida como «el acto en el cual participa un tercero ajeno al procedimiento judicial con el fin de que las partes en conflicto alcancen un acuerdo. A ella se recurre generalmente antes de iniciar la vía judicial, siendo en ocasiones un requisito necesario a la misma».[9]

Por sus características, la conciliación no requiere tanto formalismo, teniendo que iniciar el procedimiento, desarrollar la audiencia de conciliación y redactar el acta.

2. LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN EL PERÚ

En el 2011, mediante Decreto Supremo n.º 054-2011-PCM, se aprueba el Plan Estratégico de Desarrollo Nacional denominado Plan Bicentenario el Perú hacia el 2021, presentado por el Centro Nacional de Planeamiento Estratégico - Ceplan. En este documento se establecen las principales políticas nacionales que deberá seguir el país del 2011 al 2021, entre ellos menciona «Promover y facilitar el acceso a los medios alternativos de solución de conflictos así como difundir su existencia, a fin de reducir su judicialización». Así, en otro punto del mismo documento se señala que «Los conflictos deben ser resueltos de forma eficiente, reduciendo costos y previniendo la aparición de otros nuevos. Para alcanzar este objetivo, el sistema jurídico ha incorporado ciertos medios cuyo propósito es solucionar los conflictos sin generar mayores

9 *Idem*, p. 42.

antagonismos entre las partes». De ello se desprende que los MARC surgen como vía alterna al proceso judicial convencional, siendo de acceso más sencillo, célere y con menores costos.

Sobre ello, el Perú no cuenta con gran variedad de MARC regulados, sin embargo, entre los más conocidos podemos destacar a la conciliación, institución que ha ido en incremento desde que fue regulada con la Ley n.º 26872, publicada el 13 de noviembre de 1997, y su Reglamento modificado n.º 014-2008-JUS.

Tal como se ha mencionado, la conciliación es una institución regulada como mecanismo alternativo, de voluntaria invocación entre las partes; no obstante ello, en ocasiones es también un requisito procedimental, puesto que es necesaria su invocación previa a interponer una demanda judicial, sobre derechos que sean disponibles entre las partes u otros que puedan ser resueltos en vía conciliatoria. Es decir, sus pretensiones sean determinadas o determinables y versen sobre derechos disponibles entre las partes.

Sobre lo mencionado, y a la luz del propósito de este artículo académico, resulta necesario extender detalles de esta institución y su difusión, a fin de que los profesionales consideren su estudio, desarrollo y posterior acreditación.

2.1. Las ventajas de la conciliación

- Regulación: la conciliación comparte características con otros mecanismos alternativos de solución de conflictos, pero, no todos los MARC se encuentran regulados en el Perú. No obstante, el ordenamiento jurídico nacional cuenta con la Ley n.º 26872 y su reglamento, que regulan la conciliación extrajudicial. Además, es considerada una institución y cuenta con un Registro Nacional de Centros de Conciliación administrado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (en adelante, MINJUSDH).

El tener un marco jurídico que regule esta institución protege a los actores, conciliadores y partes en disputa, pues otorga seguridad para las personas que acceden a este método alternativo y cierta predictibilidad en el procedimiento a seguir, los plazos y las tasas a pagar, según los centros y materias a conciliar. Además de lograr que académicos y juristas estudien la evolución de esta institución y así arribar, posteriormente, una mejora en su regulación.

- Celeridad: entre las ventajas más resaltantes de la conciliación se encuentra el corto tiempo que se puede llegar a un consenso o fórmula de solución, en comparación de un proceso judicial, el que, según lo establecido en el artículo 478 del Código Procesal Civil, podría tardar 230 días. Sin embargo, tal como se ha señalado con antelación, los órganos judiciales tienen alta carga procesal, pudiendo tardar más de lo previsto.

  Por su parte, el procedimiento conciliatorio puede tener una duración de 32 días, de los cuales, 10 días hábiles serán para la petición del procedimiento conciliatorio, para luego dar lugar a la audiencia única. A partir de ese momento, el procedimiento conciliatorio no puede superar los 30 días calendarios a menos que sea pactado por las partes.[10] En ocasiones, existen materias o conflictos que deben ser solucionadas en un menor tiempo por no necesitar el análisis y etapas de un proceso judicial.

- Ligera formalidad: la conciliación tiene entre sus características ventajosas requerir el mínimo formalismo para lograr un acuerdo o fórmula de solución; por ejemplo, en materia laboral las partes pueden optar por asistir con un abogado, no siendo obligatorio.

---

10 CHANCAFE, Daniel; FORNO ODRÍA y Paul NINA NINA. «La conciliación en el Perú: una breve reflexión basada en la teoría del juego y el Análisis Económico del Derecho». En *Repositorio Institucional de la PUCP*, 2015. Recuperado de <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/168206>, p. 101.

Por otro lado, en un proceso judicial la sola presentación de un escrito requiere la firma de un abogado, ello hace un proceso aún más lento y costoso por sus propias características.

Referente a la formalidad procesal, autores como Castillo Larrañaga y de Pina indican que: «las formas procesales son necesarias no solo como exigencia del interés general, con el fin de asegurar el buen funcionamiento de la justicia, sino también en servicio del interés privado del litigante, como salvaguarda de sus propios intereses».[11] Lo citado refiere al valor especial que tiene la formalidad en un proceso judicial porque regula las conductas dentro de un proceso. Por el contrario, la naturaleza de la conciliación extrajudicial no requiere de estas formalidades para lograr eficiencia en su resultado. Ello no significa que no seguirá una estructura que ayudará a este procedimiento.

- Flexibilidad: por la flexibilidad, el conciliador puede adecuar el procedimiento de conciliación según lo solicitado por las partes o acorde al contexto en el que se encuentren, siempre que se encuentre dentro de marco jurídico.

- Economía: la conciliación extrajudicial es más económica que un proceso judicial, considerando que puede ser de acceso gratuito, siempre que el procedimiento sea realizado en Centros públicos administrados por el MINJUSDH.

  Sobre ello, cabe señalar que, según el Directorio de Centros de Conciliación Extrajudicial del MINJUSDH, existen centros públicos en todos los departamentos del Perú. En una búsqueda detallada, el mismo directorio también indica la existencia de un mayor número de centros privados a nivel nacional, en comparación de los públicos. Asimismo, el acceder a un procedimiento

11 DE PINA, Rafael y José CASTILLO LARRAÑAGA. *Instituciones de derecho procesal civil*. México D. F.: Porrúa, 1958, p. 165.

de conciliación extrajudicial no requiere pagar los honorarios a un abogado que ejerza representación de las partes, ello también hace que este mecanismo sea más económico.

Por lo mencionado, la conciliación extrajudicial como mecanismo alternativo de solución de controversias tiene ventajas en comparación a un tradicional proceso judicial, siempre que traten pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles de las partes, y dependiendo de la valoración de las mismas.

Como dato, el lector merece saber que si bien existen centros de conciliación extrajudicial en todos los departamentos del Perú, es necesario señalar que no existe un número suficiente de centros en todos los departamentos del país, limitando su uso como alternativa eficiente.

2.2. Registro Nacional de Centros de Conciliación Extrajudicial

Acorde a la Ley n.º 26872, Ley de Conciliación, la audiencia de conciliación deberá ser realizada en un centro de conciliación autorizado y en presencia de un conciliador acreditado. Esto último (tanto la autorización como la acreditación) es otorgado por el MINJUSDH.

Bajo ese criterio, este MINJUSDH, a través de su Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia, ha creado el Directorio de Centros de Conciliación Extrajudicial,[12] que es de acceso público. Aquí, los usuarios pueden consultar cuál es el centro acreditado más cercano a su distrito o dentro de su departamento.

En una búsqueda detallada en el directorio podemos evidenciar que si bien existen centros de conciliación autorizados en todos los

[12] Disponible en <https://directoriocentros.minjus.gob.pe/directoriocentros/public/centro/centroMain.xhtml>.

departamentos del Perú, el número en algunos departamentos no superan los 7. Por ejemplo, en Tumbes solo existe un centro público, de acceso gratuito y seis centros privados. En el mismo sentido, Madre de Dios cuenta con 8 centros entre públicos y privados. Cabe señalar que todos los centros encontrados en Madre de Dios se encuentran en la provincia de Tambopata, lo que significa el desplazamiento necesario desde otras provincias de Madre de Dios.

Existen otros departamentos que muestran los mismos inconvenientes, tal como se muestra la información recabada del Directorio administrado por el MINJUSDH (ver cuadro n.º 2).

Por ello, si bien existen mecanismos alternativos de resolución de conflictos en el Perú, no todos los departamentos cuentan con un gran número de centros autorizados para acceder. Como hemos visto en el cuadro de reporte anterior, en algunos departamentos solo existe un centro público, de igual manera las opciones de centros privados, en algunos departamentos, no superan los seis.

Por ello, el uso de la conciliación debe ser incentivado como método de solución en sí mismo y no solo como requisito procedimental para acceder al proceso judicial. Ello puede ser logrado disminuyendo las brechas de información y promoviendo el acceso a los centros autorizados públicos y privados.

Sin embargo, también deben existir conciliadores acreditados, para lo que existen los centros de formación y capacitación en materia de conciliación extrajudicial.

Cuadro n.º 2

DEPARTAMENTO	NÚMERO DE CENTROS PRIVADOS	NÚMERO DE CENTROS PÚBLICOS
Amazonas	8	2
Áncash	48	4
Apurímac	19	2
Arequipa	200	5
Ayacucho	40	3
Cajamarca	57	5
Callao	51	4
Cusco	99	4
Huancavelica	8	3
Huánuco	21	4
Ica	55	5
Junín	153	10
La Libertad	80	4
Lambayeque	55	4
Lima	877	25
Loreto	19	5
Madre de Dios	7	1
Moquegua	27	2
Pasco	12	1
Piura	76	3
Puno	44	3
San Martín	31	3
Tacna	43	1
Tumbes	6	1
Ucayali	26	2
TOTAL	**2062**	**106**

Elaboración propia con datos del Directorio de Centros de Conciliación Extrajudicial.

2.3. Centros de formación y capacitación en materia de conciliación extrajudicial

Acorde a la Ley de Conciliación vigente, el conciliador debe estar acreditado por el MINJUSDH, para ejercer como conciliador o para ser

parte de un centro de conciliación. Sin embargo, previo a la solicitud de acreditación, el profesional tendrá que aprobar el Curso de Conciliación Extrajudicial ofrecido por el MINJUSDH o en los centros de formación y capacitación autorizados por el ministerio.

Según la data, actualizada al 31 de diciembre del 2018, del Registro Nacional Único de Centros de Formación y Capacitación de Conciliadores,[13] el primer centro fue autorizado el 3 de septiembre de 1998 mediante Resolución Ministerial n.º 190-98-JUS, ejerciendo funciones en Lima. El 2018 fueron 74 los centros habilitados a nivel nacional, siendo distribuidos como muestra el cuadro n.º 3.

Lo mencionado muestra que al 31 de diciembre de 2018 solo 8 departamentos del Perú cuentan con la autorización para capacitar a profesionales en el Curso de Conciliación Extrajudicial. Ello expone una gran asimetría, considerando que previo al inicio del trámite para lograr la acreditación otorgada por el MINJUSDH es exigible haber aprobado el Curso de Conciliación Extrajudicial en uno de los centros autorizados. Bajo esta perspectiva, los profesionales de los departamentos que no cuentan con centros de formación cercanos y que deseen optar a acreditarse como conciliadores extrajudiciales deberán viajar hasta el departamento más cercano para hacerlo.

Para fomentar el uso de la conciliación extrajudicial a nivel nacional, como MARC y como verdadera alternativa célere y económica en comparación de vías convencionales, debe existir centros de conciliación accesibles. En ese objetivo, además del propio centro de conciliación, se requieren profesionales que puedan acreditarse como conciliadores extrajudiciales.

La existencia de centros de formación para los futuros conciliadores extrajudiciales en todos los departamentos del Perú resulta indispensable

13 Ver <https://minjus.gob.pe/>.

para lograr la acreditación y, posteriormente, la especialización de la materia. De esta manera, más profesionales podrán acceder a esta formación en sus departamentos o en lugares cercanos a estos y, a su vez, más personas con conflictos latentes podrán considerar la conciliación como vía de solución.

Cuadro n.º 3

Departamento	Número de centros de formación y capacitación de conciliadores
Lima	57
Junín	4
Arequipa	6
Moquegua	2
Ica	2
Cusco	1
Lambayeque	1
La Libertad	1
TOTAL	**74**

Elaboración propia con datos del Registro Nacional Único de Centros de Formación y Capacitación de Conciliadores.

En este punto, es importante mencionar que si bien puede obtenerse la acreditación, este solo es el primer paso para iniciar como profesional en este ámbito, pues un conciliador debe continuar en constante capacitación e incluso debe lograr especializarse en materias conciliables en específico, siendo acreditado por el MINJUSDH como conciliador especializado, que lo convierte en profesional competitivo, pero por encima de ello, logrará llevar a cabo conciliaciones con mayor eficiencia, arribando a fórmulas de solución más eficientes en beneficio de los interesados.

Asimismo, existen funciones y obligaciones que debe respetar el conciliador, dentro del marco del Reglamento de la Ley de Conciliación,

y de no cumplir con los dispuesto pueden recibir sanción desde amonestaciones hasta suspensiones, cancelaciones o desautorizaciones, según corresponda, los conciliadores, además de los capacitadores, los centros de conciliación y los centros de formación y capacitación de conciliadores.

Bajo la percepción del director de la Asociación Peruana de Conciliación y Arbitraje, Armando Espejo Montoya, quien fue entrevistado para el presente artículo, una mejora esencial a la Ley de Conciliación sería hacer el procedimiento más simple y menos procesalista, y sobre todo, volver a darle al acta de conciliación el valor de una sentencia, estableciendo un procedimiento especial para su ejecución y no como ahora que se ejecuta como si fuera un título valor. Otro cambio importante debería ser en lo relativo a los poderes, pues la literalidad que se exige muchas veces frustra un eventual acuerdo, incluso en algunos casos genera una controversia adicional a las que ya tienen las partes.

Precisa Armando Espejo que, en el caso de las personas naturales, siempre debería permitirse la representación por poder y no solo en cuando domicilian fuera del distrito conciliatorio o se encuentren con descanso médico. No debería exigirse la inscripción en Registros Públicos, debería ser suficiente una escritura pública.

Finalmente, es menester reconocer que vivimos una sociedad que exige nuevos mecanismos alternativos de solución de conflictos que permitan arribar a acuerdos entre las partes sobre materias disponibles que bien pueden resolverse a través de una conciliación, no ameritando sumar a la ya abundante carga procesal que existe en la administración de justicia nacional.

En ese sentido, se propone impulsar la institución de la conciliación para materias disponibles, logrando procesos céleres, flexibles y, especialmente, enfocados a resultados que permitan a los interesados encontrar respuesta a conflictos sociales inmediatos.

3. CONCLUSIONES

- Los MARC se justifican en países del mundo como alternativa célere y efectiva al proceso judicial convencional y cuentan con un espacio ganado en los ordenamientos jurídicos anglosajones y continentales.

- La conciliación, como MARC, tiene beneficios como celeridad, flexibilidad y economía, lo que es atractivo para resolver en corto plazo controversias disponibles de acuerdo a la ley nacional. Puede ser definida como el acto en el cual participa un tercero ajeno al procedimiento judicial con el fin de que las partes en conflicto alcancen un acuerdo.

- Si bien la conciliación como institución se encuentra regulada en Perú, no todos los departamentos cuentan con un gran número de centros autorizados para brindar el servicio.

- El uso de la conciliación debe ser incentivado como método de solución en sí mismo y no solo como requisito procedimental para acceder al proceso judicial. Esto puede ser logrado disminuyendo las brechas de información, y promoviendo el acceso a los centros autorizados públicos y privados.

4. RECOMENDACIONES

- Los MARC deben ser regulados en cada legislación, de acuerdo a las necesidades sociales.

- Los beneficios de la conciliación deben ser conocidos y promovidos en la sociedad, así como incorporados en las mallas curriculares de las instituciones que ofrecen la carrera de Derecho.

- El MINJUSDH debe crear más espacios para motivar el crecimiento de centros autorizados en brindar el servicio de conciliación.

- Se debe promover mayor difusión a la institución de la conciliación en el Perú, no solo como requisito procedimental para posteriores procesos judiciales.

5. BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. México D. F.: UNAM, 1970.

CALDERÓN VÁSQUEZ, Sherly Alejandra. *Métodos no tradicionales de resolución de conflictos y la importancia de regular su incorporación al ordenamiento jurídico guatemalteco en materia mercantil*. Tesis de grado. Universidad Rafael Landívar, Guatemala de la Asunción, 2013. Recuperado de <https://kipdf.com/universidad-rafael-landivar-facultad-de-ciencias-juridicas-y-sociales-licenciatu_5b193e237f8b9a876a8b456d.html>.

CARRASCO, Marta B. *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos: una visión jurídica*. Madrid: Reus, 2018.

CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS - PUCP. *Arbitraje en cifras*. Recuperado de <https://carc.pucp.edu.pe/servicios/arbitraje/arbitraje-en-cifras/>.

CHANCAFE, Daniel; FORNO ODRÍA y Paul NINA NINA. «La conciliación en el Perú: una breve reflexión basada en la teoría del juego y el Análisis Económico del Derecho». En *Repositorio Institucional de la PUCP*, 2015. Recuperado de <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/168206>.

DE PINA, Rafael y José CASTILLO LARRAÑAGA. *Instituciones de derecho procesal civil*. México D. F.: Porrúa, 1958.

DIOGUARDI, Juana. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010.

PAREDES, Gustavo y Jaime GRAY. «Mecanismos alternativos de resolución de disputas en construcción». En *Revista de Derecho Administrativo CDA - Círculo de Derecho Administrativo*, enero 2008, n.º 4, año III.

PÉREZ SAUCEDA, José Benito. *Métodos alternos de solución de conflictos: justicia alternativa y restaurativa para una cultura de paz*. Tesis doctoral presentada ante las autoridades de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Facultad de Derecho y Criminología. México, 2011. Recuperado de <http://eprints.uanl.mx/2692/1/Tesis_Definitiva_R1.pdf>.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ARBITRAJE Y LOS ALCANCES DEL CONTROL CONSTITUCIONAL

Lourdes Flores Nano [*] [**]

Sumario: 1. Naturaleza jurídica del arbitraje. 1.1. Teoría contractualista.— 1.2. Teoría de la jurisdicción.— 1.3. Teoría mixta o ecléctica.— 1.4. Teoría autónoma.— 2. La constitucionalización del arbitraje en el Perú.— 2.1. La Constitución de Cadiz de 1812.— 2.2. Las constituciones de 1823 y 1826.— 2.3. La Constitución de 1828.— 2.4. La Constitución de 1834.— 2.5. La Constitución de 1839.— 2.6. El Estatuto Provisorio de 1855.— 2.7. Las constituciones de 1856, 1860, 1867, 1920 y 1933.— 2.8. La Constitución de 1979.— 2.9. La Constitución de 1993.— 2.10. El debate en las asambleas constituyentes de 1979 y 1993.— 2.10.1. El debate de 1979.— 2.10.2. El debate de 1993.— 3. ¿Qué importa la constitucionalización del arbitraje?— 4. Una aproximación a la posición de tribunales constitucionales o cortes supremas.— 4.1. La posición del Tribunal Constitucional español.— 4.2. La posición de la Corte Suprema argentina.— 4.3. La posición de la

[*] Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Maestría en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha. Magíster en Derecho con mención en Política Jurisdiccional por la PUCP. Expresidenta del Partido Popular Cristiano. Exrectora de la Universidad San Ignacio de Loyola. Excongresista de la República. Fue catedrática de la PUCP y de la Universidad de Lima.

[**] El presente trabajo es una parte fundamental del primer capítulo y de las conclusiones del cuarto capítulo de la tesis doctoral denominada *El control constitucional y supraconstitucional de laudos arbitrales*, sustentada por la autora en la Universidad de Castilla-La Mancha el pasado 16 de diciembre del 2020.

Corte Constitucional colombiana.— 4.4. La posición del Tribunal Constitucional peruano.— 4.4.1. Los hechos del caso.— 4.4.2. La tesis jurídica del Tribunal Constitucional.— 5. ¿Cuál es la naturaleza jurídica del arbitraje?— 6. ¿Está el arbitraje sujeto a control constitucional? ¿Cuáles son sus alcances?— 7. Bibliografía.

1. NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE

Siguiendo la abundante doctrina sobre la materia, exponemos las diversas teorías desarrolladas.

1.1. Teoría contractualista

La teoría contractualista o privatista destaca el origen contractual del arbitraje. Afirma que el arbitraje es un mecanismo de solución de controversias *que nace y se desarrolla a partir del contrato*. Así, la naturaleza jurídica deriva del origen de la institución: el convenio arbitral. El arbitraje nace y se desarrolla a partir del contrato, no hay arbitraje si no hay contrato.

Una referencia reiterada a esa posición es la afirmación del destacado árbitro internacional Gary Born: «El arbitraje comercial internacional es fundamentalmente consensual en su naturaleza».[1] Agrega que la escuela contractualista pone especial énfasis en la autonomía de las partes.[2]

---

1 BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer International Law, 2009, p. 1133.

2 Citado por CANTUARIAS, Fernando y José Luis REPETTO. «La naturaleza jurídica del arbitraje». En Forseti, Revista de Derecho, 2014, n.º 1 (Arbitraje internacional). Recuperado de <http://forseti.pe/media_forseti/revistas/Arbitraje_Internacional.pdf>: «In general terms, the contractualist school placed primarily emphasis in the role of party autonomy in the arbitral process».

Más aún, se afirma que en adición al convenio arbitral en virtud de la cual las partes se comprometen a recurrir a un tercero (el árbitro) para que resuelva una eventual futura controversia (contrato de compromiso), mediante un segundo contrato —el árbitro— adquiere la obligación de resolver el conflicto con arreglo a derecho o en equidad (contrato de mandato).

Nótese que en el convenio arbitral las partes acuerdan conferir a un tercero la potestad de resolver una eventual controversia sin conocer si en el futuro próximo o remoto surgirá dicho conflicto. El convenio constituye así una habilitación surgida de la libre voluntad de las partes y exclusivamente de esta. Como consecuencia de dicha habilitación, por un lado, se determinan los alcances de la intervención del árbitro y, por otro, se manifiesta una renuncia a que la eventual controversia sea dirimida por la justicia ordinaria (justicia estatal). De lo expuesto se afirma como regla general que solo puede ser sometido a arbitraje quien ha suscrito el compromiso respectivo.[3]

Siempre conforme a la teoría contractualista, el arbitraje es de naturaleza contractual porque nace de un contrato, pero también porque todas las relaciones que a partir de allí se generan son también de naturaleza jurídico-privadas. Afirma Gonzáles de Cossío que «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"».[4]

---

3 Aunque escapa a los alcances de este análisis, se deja constancia que la doctrina arbitral y la legislación y jurisprudencia se han encargado de desarrollar los alcances de la intervención de las denominadas partes no signatarias. Igualmente, constituye una excepción a la regla de la consensualidad el denominado «arbitraje obligatorio», como ha ocurrido en el Perú con el obligado sometimiento a arbitraje de las controversias derivadas de la contratación estatal.

4 GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *El arbitraje al derecho y al revés*. Lima: Palestra, 2020.

En España, se califica a Jaime Guasp como el abanderado de la postura privatista. En su criterio, la incorporación del compromiso arbitral, en el apartado sobre contratos, conduce a un análisis sobre el lugar que ocupa el mismo en el derecho privado. En ese sentido, sostiene que en lo funcional, el arbitraje se ubica dentro de los contratos llamados de decisión y, en lo estructural, se trata de un contrato de tracto procedimental en el que los distintos contratantes escalonan procedimentalmente las diversas prestaciones que les corresponde ejecutar.

El destacado árbitro español Bernardo Cremades también afirma la naturaleza contractual del arbitraje: «El arbitraje se justifica en la autonomía de la voluntad, fruto de la libertad, valor fundamental que nuestro ordenamiento jurídico propugna en el artículo 1.1 de la Constitución española. Tal y como ha reconocido el Tribunal Constitucional, el arbitraje es "un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados —artículo 1.1 CE—"».[5]

En Argentina, Roque Caivano sostiene que «el acuerdo arbitral tiene naturaleza convencional, por lo que resulta aplicable a su respecto lo dispuesto en materia de contratos».[6]

Lascano[7] se manifiesta como contractualista, negando que los árbitros ejerzan jurisdicción porque:

---

5 Citado por BULLARD, 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 <https://xperta.legis.co/visor/rarbitraje/rarbitraje_e87e272918910236e0430a0101510236/revista-internacional-de-arbitraje/%c2%bfque-fue-primero%3a-el-huevo-o-la-gallina%3f-el-caracter-contractual-del-recurso-de-anulacion>.

6 *Ibidem*.

7 Citado por LOUTAYF RANEA, Roberto y Ernesto SOLA. «Jurisdicción arbitral . Naturaleza jurídica». En *Revista de Derecho Procesal*, 2014, n.º 2, Jurisdicción y competencia - I, pp. 401/448. Recuperado de <http://secretarias.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/jurisdiccion-arbitral.-naturaleza-juridica>.

a) La función jurisdiccional es propia de la soberanía y no puede ser compartida por los particulares.

b) La esencia de la jurisdicción es tener un alcance amplio e ilimitado como la soberanía de la que emana, lo que no ocurre con el arbitraje que está limitada a los alcances de lo convenido por las partes.

c) Los árbitros no tienen todos los poderes o facultades indispensables para el ejercicio de la función jurisdiccional (por ejemplo, la falta de *coertio*).

d) No cabe otorgar al árbitro ni a sus actos carácter público.

En la doctrina peruana, Alfredo Bullard es un ferviente defensor de la teoría contractualista: «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 de solución de controversias».[8]

A su vez, la magistrada del Tribunal Constitucional y catedrática de Derecho Procesal, Marianella Ledesma,[9] distingue entre el papel del árbitro y el del juez en los siguientes aspectos:

a) El árbitro es un sujeto privado; el juez estatal es un funcionario público.

---

8 Citado por CANTUARIAS, Fernando y José Luis REPETTO. *Op. cit.*

9 LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. «Los precedentes del Tribunal Constitucional en el arbitraje». En *Giuristi Revista de Derecho Corporativo*, enero-junio 2020, n.º 1, vol. 1, p. 32.

b) El árbitro tiene libertad de rechazar la designación; el juez no.

c) La investidura del árbitro tiene su origen en el acuerdo de las partes, la de los jueces proviene de la ley.

La teoría contractualista no está exenta de críticas.

Los peruanos Mario Castillo Freyre y Ricardo Vásquez Kunze señalan que en algunas de las afirmaciones «subsiste la tradición dieciochesca de que la jurisdicción es un atributo a la soberanía del Estado, que es el paradigma de lo público».[10]

Cantuarias y Repetto[11] afirman que el arbitraje sí requiere del reconocimiento estatal. Afirman que «si el Estado no reconoce el arbitraje, el laudo no tendría otro valor que el de un simple contrato».

1.2. Teoría de la jurisdicción

Esta teoría, también conocida como procesalista, estima que la función arbitral es jurisdiccional. Sin desconocer el origen estrictamente contractual de la designació n de los árbitros y del sometimiento a su competencia, se afirma que la finalidad de la intervención —resolver una controversia, dictando una decisión con carácter de cosa juzgada— solo es posible porque la ley así lo ordena.

En otras palabras, conforme a esta tesis, la labor de administración de justicia que ejercen los árbitros no es consecuencia de un acto soberano del Estado que los inviste como funcionarios públicos (como ocurre en el caso de los jueces), pero su participación sí tiene como fuente una dependencia directa del poder estatal.

---

10 CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. «Arbitraje: naturaleza y definición». En *Derecho PUCP,* 2006, n.º 59, pp. 273-284. Recuperado de <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200601.012>.

11 CANTUARIAS, Fernando y José Luis REPETTO. *Op. cit.*

El Tribunal Constitucional español ha sentenciado que «el árbitro que zanja una controversia mediante un laudo de derecho actúa en ejercicio de una potestad de *iuris dictio*, pues el arbitraje es un equivalente jurisdiccional mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada […]. Su declaración de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes se encuentra revestida de *auctoritas*, por imperativo de la ley; y solo carece del *imperium* necesario para ejecutar forzadamente su decisión, que la ley vigente reserva a los tribunales civiles».[12]

Dicho Tribunal ha sostenido que existen tres etapas en el arbitraje:

a) La primera en la que las partes perfeccionan el contrato de compromiso, el negocio de derecho privado.

b) La segunda que se plasma en un documento que asciende al nivel de mandato con la aceptación del encargo por parte de los árbitros.

c) La tercera en la que el árbitro, ungido de poder jurisdiccional, ejerce una actividad pública.[13]

Como señala el jurista y árbitro mexicano Gonzáles de Cossio, si es que puede tener lugar la solución de una controversia por un medio distinto al de la justicia ordinaria, ello ocurre porque el Estado así lo admite

---

12 Citado por AYALA MOLINA, Alberto Fabian. El *arbitraje, ¿es realmente una jurisdicción?* Recuperado de <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/arbitraje/Fabian-Ayala-El-Arbitraje.pdf>.

13 Citado por REY VALLEJO, Pablo. «El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en Latinoamérica: un estudio sobre formalización y judicialización». En *Universitas*, enero-junio de 2013, n.º 126, pp. 199-237.

de forma expresa o tácita. Califica esta autorización como «un acto de justicia delegada o paralela».[14]

Afirman Loutayf y Solá:[15] «El Estado, si bien por razones de política legislativa les reservó a los jueces judiciales la totalidad de la jurisdicción, como supremos custodios de la ley fundamental, no quiso que lo sea con carácter monopólico, al delegar alguna de las facultades propias de la citada función en los árbitros (a quienes no se les reconoció la *coertio* ni la *executio*)».

Salcedo sostiene que: «el arbitraje es una concesión que en materia de derecho privado hace el Estado a los particulares para resolver sus conflictos mediante un tipo especial de jueces denominados como árbitros, considerando además que se trata de una función de orden público, que en consecuencia le permite, como Estado, ejercer el control sobre los procesos arbitrales y reconocer efectos tanto al pacto arbitral como al laudo que se dicte con fundamento en este y reglamentar las funciones, poderes y facultades de los árbitros. Tratándose de un proceso, debe reconocérsele entonces su naturaleza jurisdiccional, sin importar que los árbitros deriven su competencia de la voluntad de las partes y deban desempeñarse como verdaderos jueces, con autonomía e independencia frente a las mismas partes que hicieron su designación».[16]

Por lo demás, la teoría pone énfasis en la naturaleza jurídica del laudo con el que se resuelve la controversia. Se estima que el laudo es una verdadera sentencia, dotada de fuerza obligatoria con calidad de cosa juzgada y con fuerza ejecutiva. Es un acto de jurisdicción de origen privado. En ese sentido, en el estudio de la naturaleza jurídica del

---

14 GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje. Homenaje a don Raúl Medina Mora*. Recuperado de <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/SOBRE%20LA%20NAT%20JDCA%20ARBITRAJE%20Hom%20%20Raul%20Medina.pdf>.

15 LOUTAYF RANEA, Roberto y Ernesto SOLA. *Op. cit.*

16 SALCEDO FLÓREZ, Álvaro. «En torno a la naturaleza jurídica del arbitraje». En *Revista Análisis Internacional*, 2010, n.º 2, pp. 147-154. Recuperado de <https://revistas.utadeo.edu.co/index.php/RAI/article/view/21>.

arbitraje no debe tomarse como punto de partida el contrato existente entre las partes y los árbitros designados, sino más bien en la función que estos últimos desarrollan.

La jurista peruana Marianella Ledesma afirma que la teoría jurisdiccionalista considera que el arbitraje es una institución de naturaleza jurisdiccional por los efectos que la ley otorga al laudo arbitral, esto es, la cosa juzgada. Citando a Morello, indica que reviste un componente jurisdiccional en cuanto la sentencia arbitral está equiparada a la sentencia judicial en sus efectos más marcables: eficacia de la cosa juzgada y ejecución judicial.[17]

Resumiendo los conceptos antes desarrollados, Serra Domínguez[18] sostiene que:

a) La labor jurisdiccional es independiente de la atribución que hace el Estado u órgano que se encuentra bajo su cuidado.

b) El resultado que pone fin al conflicto es idéntico tanto para la sentencia como para el laudo.

c) El consentimiento de las partes opera en la fuente creadora, es decir, al momento del inicio del arbitraje.

El profesor argentino Roque Caivano marca distancia entre los jueces ordinarios y los árbitros. Afirma que los primeros «deben su jurisdicción a la Constitución nacional y a las leyes dictadas en su consecuencia, que organizan el servicio de administración de justicia a través del Poder Judicial de la nación y de los respectivos poderes judiciales provinciales» y la jurisdicción de estos jueces es, por lo tanto, «permanente y genérica, con la sola limitación de la competencia en que —por territorio y materia— dividen su tarea». En el caso de los árbitros,

17 LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Op. cit.*, p. 32.
18 Citado por SEQUEIROS. *Op. cit.*, versión digital.

«su jurisdicción depende en forma mediata de las normas que admiten la instauración de un sistema particular de administración de justicia, si bien en forma inmediata la facultad de juzgar les es atribuida por los litigantes que los nombran para resolver un caso concreto». Precisa que en este caso «su jurisdicción sufre una doble limitación, *ratione materiae* y *ratione tempus*; los árbitros no pueden pronunciarse sobre cuestiones que no le han sido sometidas, y deben laudar dentro de un plazo expresa o tácitamente concedido por las partes». La jurisdicción de los árbitros, a diferencia de la que tienen los jueces estatales, «no es permanente ni genérica, sino limitada a las cuestiones comprometidas y a un tiempo determinado que las partes —o, en defecto de pacto expreso, la ley— le otorgan para la expedición del laudo». Pese a la digresión que antecede, concluye que «la decisión mediante la cual los árbitros resuelven el litigio que las partes le sometieron, constituye la expresión más concreta de la jurisdicción que aquellos ejercen».

Un sector de la doctrina pone énfasis en el arbitraje como institución procesal. En la doctrina peruana así lo ha sostenido el doctor Aníbal Quiroga León en su tesis de maestría, convertida en la publicación *La naturaleza procesal del arbitraje*.[19] Algunos teóricos han conferido estatus propio a esta teoría, a la que se denomina procesalista.

Ahora bien, la teoría jurisdiccionalista ha sido expresamente cuestionada por los juristas peruanos Cantuarias y Repetto,[20] indicando que sus defensores no reconocen que la autonomía de la voluntad es esencial para el nacimiento de la institución del arbitraje *y, adicionalmente, para la aplicación de muchas de las reglas que requiere para su correcto funcionamiento* (por ejemplo, la libertad de regulación del procedimiento).

Señalan, igualmente, que la teoría jurisdiccionalista no reconoce cláusulas escalonadas de solución de controversias, en mérito de las

---

19 QUIROGA, Aníbal. *La naturaleza procesal del arbitraje*. Lima: Palestra - Estudio Mario Castillo Freyre, 2017.

20 CANTUARIAS, Fernando y José Luis REPETTO. *Op. cit.*

cuales el conflicto puede ser sometido a una mediación o a una conciliación previas (u otro mecanismo acordado) y solo si no se llega a una solución en un plazo determinado de tiempo recién se podrá iniciar el arbitraje.

Otros procesalistas, como Juan José Monroy Palacios[21] y Ana María Arrarte,[22] cuestionan también la naturaleza jurisdiccional. El primero afirma que el arbitraje no puede constituir una expresión de la jurisdicción pues, salvo que el concepto se utilice en sentido lato, su configuración contiene intrínsecamente una renuncia a esta y, además, porque el árbitro es incapaz de desarrollar funciones de carácter público. La segunda sostiene que la justificación o legitimación legal del arbitraje no se encuentra en su consagración constitucional ni en haberle atribuido un carácter «jurisdiccional» que le es ajeno.

A su vez, Castillo y Vásquez[23] critican la asignación de carácter público a la función arbitral y la aseveración que los árbitros imparten justicia y sentencia a nombre del Estado en un proceso que forma parte de la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional de ese Estado.

Como hemos señalado anteriormente, en este acápite nos limitamos a exponer las tesis de defensores y críticos de la teoría, reservándonos el derecho de definir nuestra posición más adelante.

1.3. Teoría mixta o ecléctica

Esta teoría que es la que tiene en la fecha el mayor número de adherentes, parte de la insuficiencia de las teorías contractualista y

---

21 MONROY PALACIOS, Juan José**. «**Arbitraje, jurisdicción y proceso». En *Arbitraje On Line*, 2006, n.º 7, año IV.

22 ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. «Apuntes sobre el debido proceso en el arbitraje: la anulación de laudo y el proceso de amparo». En *Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007*. Lima: Palestra, 2008.

23 CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Op. cit.*

jurisdiccional, y pretende definir la real naturaleza del arbitraje en una complementariedad de ambas teorías.

El arbitraje, para esta teoría, presupone un acuerdo de voluntades (un contrato) que tiene efectos jurisdiccionales.

La jurista peruana Marianella Ledesma señala:[24] «el origen del arbitraje está siempre en la voluntad de las partes en mérito al principio de la autonomía privada, porque ella fundamenta la constitucionalidad del arbitraje, así como la necesidad de la actividad jurisdiccional para poder lograr la eficacia de este […]».

Agrega: «reconocemos que el arbitraje tiene un origen contractual, pero una eficacia jurisdiccional y que la actividad que realizan los árbitros no es jurisdiccional, sino es expresión de la autonomía de voluntad de las partes». Incide en que la actividad arbitral precisa ciertas garantías para su correcto desarrollo y eficacia, y, en definitiva, a través de ellas se va a obtener un título de ejecución que va a permitir acudir al juzgado a solicitar su ejecución, siendo el derecho procesal el que otorga tales garantías.

El reconocido árbitro internacional Gary Born afirma:

> Mas recientemente, comentaristas han desarrollado la teoría que el arbitraje es «híbrida» o «mixta», involucrando elementos tanto contractuales como jurisdiccionales. No obstante, derivando esta efectividad del acuerdo entre las partes, conforme a lo convenido en el acuerdo arbitral, tiene una naturaleza jurisdiccional incluyendo la aplicación de reglas del proceso.[25]

---

24 LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Op. cit.*, pp 36-39.

25 Traducción libre del siguiente texto: «More recently, commentators have advanced the theory that arbitration is "hybrid" or "mixed", involving elements of both contract and jurisdiction. "Although deriving its effectiveness from the agreement of the parties, as set out in the arbitral agreement, [arbitration] has a jurisdictional nature involving the application of the rules of procedure».

El mexicano Gonzáles de Cossio,[26] precisa la actuación arbitral, señalando que

> L]os árbitros realizan un acto jurisdiccional, pero carecen de poder judicial (estatal) alguno. No existe acto alguno de delegación de poder estatal. Se limitan a resolver, en base a 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, solo la enriquece convirtiéndola en una institución híbrida.
>
> La teoría mixta o híbrida ha alcanzado dominancia mundial dado que el arbitraje comercial internacional muestra elementos tanto jurisdiccionales como contractuales. *De conformidad con la teoría mixta el arbitraje es un sistema de justicia privada creada contractualmente. Tanto el origen contractual como la función jurisdiccional tienen una influencia importante en el arbitraje*. Un efecto importante que la teoría mixta o híbrida ha tenido es reconocer la fuerte, mas no avasalladora, relación entre el arbitraje y la sede.

Como bien se indica, el origen de la institución arbitral es contractual, pero la finalidad de su función es cuasi jurisdiccional (y procesal), aunque con reglas propias, también surgidas de la autonomía de la voluntad. Por ello, hace bien el doctor Mario Castillo Freyre en referirse a esta como la teoría realista del arbitraje.[27]

Una vez más precisamos que en este acápite nos limitamos a exponer las tesis de defensores y críticos de la teoría, reservándonos el derecho de definir nuestra posición más adelante.

---

26 GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje. Homenaje a don Raúl Medina Mora*. *Op. cit.*

27 CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Op. cit.*

1.4. Teoría autónoma

Finalmente, desde 1965, la jurista francesa Jacqueline Rubellin-Devichi, en su obra *La naturaleza jurídica del arbitraje*, sostiene que la naturaleza del arbitraje es propia y autónoma. Se señala que esta teoría es una versión refinada de la teoría ecléctica desarrollada en el acápite anterior.

Los defensores del arbitraje como autónomo ponen especial énfasis en el arbitraje internacional, es decir, del sistema de solución de disputas comerciales entre privados o de controversias entre inversionistas y Estados, poniendo énfasis en la tendencia a pactar arbitrajes deslocalizados o anacionales. En efecto, como se ha señalado al analizar la teoría ecléctica, los arbitrajes nacionales o internacionales requieren, finalmente, en su ejecución (cuando no en el posible control ante cuestionamientos de anulación) de la intervención del Poder Judicial de un determinado Estado. Recientes experiencias arbitrales como las correspondientes al arbitraje de inversión bajo reglas del Ciadi, el arbitraje deportivo ante el Tribunal Arbitral del Deporte o el arbitraje en línea optan por la deslocalización (es decir, la aplicación únicamente de las reglas institucionales o pactadas). Esa misma lógica podría parcialmente admitirse respecto de arbitrajes en los que se hubiera pactado válidamente la renuncia a la anulación, aunque no pueda señalarse lo mismo respecto de la ejecución que, eventualmente, sí requerirá de la *coertio* de la corte de algún Estado.

El profesor Emmanuel Gaillard incide en que la fuente de validez y legitimidad del proceso arbitral se encuentra en la actividad normativa colectiva de los Estados. Sin embargo, los árbitros internacionales no administran justicia en nombre de ningún Estado, desempeñan su fusión en beneficio de la comunidad internacional.

Silvia Barona,[28] catedrática de la Universidad de Valencia, coincidiendo con el jurista antes citado, se pregunta:

> […] ¿qué es esencial en el arbitraje: la voluntad de las partes, la libertad de someterse a arbitraje, sin la cual no es posible hablar de arbitraje, ¿o la función de los árbitros de solucionar el litigio planteado y ofrecer el ordenamiento jurídico un cauce —el proceso— para su ejercicio? ¿Puede haber arbitraje sin convenio? ¿Puede haber arbitraje sin proceso? ¿Puede haber laudo con efectos de cosa juzgada sin el ejercicio de la función heterocompositiva de los árbitros por medio del proceso?

Concluye: «Todas las respuestas a las cuestiones planteadas conducen a la misma solución: no es posible un arbitraje sin alguna de las piezas que se han expuesto. Ello nos lleva a concluir que el arbitraje es el arbitraje, y esa es su naturaleza jurídica».

Como puede apreciarse, uno de los elementos que conducen a conferir una naturaleza propia y autónoma al arbitraje es su «deslocalización».

Ello, según Gonzales de Cossio,[29] conduce a desarrollar la:

a) La deslocalización de la ejecución del laudo, lo que implica que las decisiones locales de nulidad carezcan de efectos internacionales.

b) La deslocalización de la nulidad, lo que implica la posibilidad de excluir el recurso de anulación.

c) La deslocalización del derecho aplicable, lo que busca reducir el papel del derecho de la sede del arbitraje.

---

28 Citado por VERA CACHO, Giuseppi. «Consideraciones generales acerca del arbitraje». En *Ius Et Praxis*, 2013, n.º 44. Recuperado de <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/article/viewFile/73/56>.

29 GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje. Homenaje a don Raúl Medina Mora*. *Op. cit.*

Sin embargo, esta teoría ha sido criticada por Reisman y Richardson,[30] quienes sostienen:[31]

> Las Partes acuerdan inicialmente una jurisdicción para su arbitraje con el fin de evitar el posible sesgo de un tribunal nacional o tribunales en particular que podría tener una predilección por su propio nacional o afiliado. Pero el arbitraje no es un sistema autónomo, como afirmamos al principio; su funcionamiento está indisolublemente vinculado a los órganos jurisdiccionales nacionales. Debido a que no hay un *sheriff* arbitral internacional para hacer cumplir un laudo, esos mismos tribunales nacionales que podrían ser fallutos en las fases anteriores, deben ser reclutados para la ejecución una vez que se dicte un laudo.

Coincidiendo con ese análisis, los peruanos Cantuarias y Repetto concluyen:

> Nosotros creemos que esta teoría, pese a que su aceptación ha ido creciendo esencialmente entre los académicos, tiene como principal inconveniente aquello que mencionan Reisman y Richardson. El arbitraje ha proliferado en el mundo entero porque es un método eficaz de solucionar controversias. Y vale la pena hacer el énfasis en eficaz. La eficacia depende directamente del reconocimiento que tengan las actuaciones arbitrales y el laudo en las cortes. El arbitraje necesita del Poder Judicial. Por ello, quienes afirman que el Poder Judicial es enemigo del arbitraje están equivocados. Los malos jueces pueden ser enemigos del arbitraje, pero el arbitraje necesita del *sheriff* que haga cumplir el acuerdo de las partes y lo decidido por los árbitros. Y esto no entra en el análisis de la teoría autónoma.

---

30 Citado por CANTUARIAS, Fernando y José Luis REPETTO. *Op. cit.*

31 Traducción libre del siguiente texto: «Parties initially agree to a jurisdiction for their arbitration in order to avoid the potential bias of a particular national court or courts which might have a predilection for its own national or affiliate. But arbitration is not an autonomous system, as we stated at the outset; its functioning is inextricably linked to national courts. Because there is no international arbitral sheriff to enforce an award, those same national courts that could be skirted in the earlier phases must then be recruited for enforcement once an award is rendered» [traducción].

2. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ARBITRAJE EN EL PERÚ

Independientemente del interesante debate doctrinario que hemos expuesto en el subcapítulo anterior, resulta de utilidad referir el tratamiento constitucional que las diversas Constituciones peruanas han brindado al arbitraje. De manera especial, reproducimos el debate en las asambleas constituyentes que dieron lugar a la aprobación de las constituciones de 1979 y 1993. En esta última, la autora de este trabajo fijó posición como congresista de la República.

2.1. La Constitución de Cadiz de 1812

La primera Constitución que incorporó una norma sobre arbitraje fue la Constitución de Cádiz de 1812.

En los artículos 280 y 281 de la referida Constitución se prescribió:

> Artículo 280.- «No se podrá privar a ningún español del Derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por las partes».
>
> Artículo 281.- «La sentencia que dieren los árbitros, se ejecutará, si las partes al hacer el compromiso no se hubieren reservado el derecho de apelar».

Ahora bien, como señala Antonio Merchán Álvarez: «Ninguno de los estudios realizados hasta hoy sobre la Constitución de Cádiz, tanto de conjunto, como en sus diferentes aspectos —y particularmente los referidos al Poder Judicial ha reparado en esta proclamación constitucionalización del arbitraje—. Sin embargo, de ambos artículos se advierte claramente una plasmación del principio de la libertad natural que inspiró a los constituyentes gaditanos expresión jurídica de la ideología liberal revolucionaria en esa época».[32]

---

32 Citado por JUAREZ JURADO, Eder. *Constitucionalización y control constitucional del arbitraje en el Estado constitucional.* Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Peru, Lima, 2015.

Agrega, sin embargo: «Ni en las actas de la Comisión de Constitución ni en la del Diario de Sesiones de las Cortes encontramos pronunciamiento alguno sobre los modelos formales que utilizaron para la redacción de esos dos artículos […] no hay ninguna referencia a deliberación o debate sobre los artículos dedicados al arbitraje; […]».

2.2. Las constituciones de 1823 y 1826

La Constitución de 1823 no reguló nada acerca del arbitraje. Es más, el artículo 96 fue muy explícito al disponer que: «No se conocen otros jueces que los establecidos por la Constitución, ni otra forma de juicios que la ordinaria que determinen las leyes».

Lo mismo ocurrió con la Constitución de 1826.

Sostiene Juárez[33] que el no reconocimiento explícito del arbitraje en las constituciones en modo alguno significaba su prohibición, pues, en todo caso, la constitucionalidad de su práctica estaba garantizada *per se* desde que el artículo 193 declaraba como derecho inviolable la libertad civil.

2.3. La Constitución de 1828

La Constitución de 1828 fue la primera en constitucionalizar de manera expresa la justicia arbitral en su artículo 162: «Ningún peruano puede ser privado del derecho de determinar sus diferencias por medio de jueces árbitros».

Esta Constitución estableció igualmente en el artículo 194: «La Constitución garantiza la libertad civil, la seguridad individual, la igualdad ante la ley, y la propiedad de los ciudadanos en la forma que se sigue». Igualmente, consagró en el artículo 150 el principio jurídico clásico

33 *Ibidem*.

del liberalismo: «Ningún peruano está obligado a hacer lo que no manda la ley o impedido de hacer lo que ella no prohíbe» (artículo 150).

2.4. La Constitución de 1834

La Constitución de 1834 no reconoció expresamente la institución del arbitraje. Si consagró en el artículo 110 los «tribunales especiales para el comercio y la minería» como parte del sistema estatal de justicia. Al igual que la Constitución de 1828, consagró el principio liberal que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

2.5. La Constitución de 1839

La Constitución de 1839, al igual que la de 1828, constitucionalizó el arbitraje. En su artículo 164 dispuso: «Ningún peruano puede ser privado del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros».

2.6. El Estatuto Provisorio de 1855

El Estatuto Provisorio de 1855, dictado bajo el gobierno del Mariscal Ramón Castilla, al igual que el texto precedente de 1839, en su artículo 11 estableció: «Todo individuo en la República tiene el derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros conforme a las leyes».

2.7. Las constituciones de 1856, 1860, 1867, 1920 y 1933

Las constituciones de 1856, 1860, 1867, 1920 y 1933 no reconocieron al arbitraje como parte del sistema de administración de justicia.

La Constitución de 1920, para el caso especial de los conflictos entre el capital y el trabajo, instituyó el «arbitraje obligatorio» en protección del derecho de los trabajadores (artículos 48 y 49).

Debe dejarse constancia que la ausencia de disposición constitucional no suponía la prohibición del uso de un mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos, porque el principio de respeto de la autonomía de la voluntad tenía pleno reconocimiento.

2.8. La Constitución de 1979

La Constitución de 1979, dictada en el marco del tránsito a la recuperación democrática, reintrodujo el arbitraje como medio alternativo de solución conflictos.

En el artículo 136 dispuso que:

> El Estado y las personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de contratos con extranjeros a tribunales judiciales o arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales es parte el Perú.

A su vez, en el artículo 233 prescribió:

> Son garantías de la administración de justicia:
>
> 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar. Quedan prohibidos los juicios por comisión o delegación.

2.9. La Constitución de 1993

La Constitución de 1993 repitió casi textualmente la norma de la carta de 1979.

En el artículo 139 se dispuso:

> 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.
>
> No hay proceso judicial por comisión o delegación.

De otro lado, al consagrar el principio de libertad de contratar se incluyó el reconocimiento a la dirimencia del conflicto contractual en vía arbitral.

> Artículo 62.- «Libertad de contratar
>
> 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. Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial».

Finalmente, el artículo 63 obliga al Estado y a las personas de derecho público a someter controversias con extranjeros domiciliados a órganos jurisdiccionales nacionales (la doctrina Calvo), pero habilita el sometimiento a tribunales arbitrales en mérito a los tratados internacionales suscritos.

> Artículo 63.- «Inversión nacional y extranjera
>
> En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de estos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.

> El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley».

2.10. El debate en las asambleas constituyentes de 1979 y 1993

Como a continuación expondremos, el debate constitucional en la Asamblea Constituyente de 1979 y en el denominado Congreso Constituyente Democrático de 1993 estuvo esencialmente concentrado en el reconocimiento o no del arbitraje como jurisdicción. No hubo cuestionamiento alguno a su «constitucionalización».

Por otro lado, cabe acotar que el explícito reconocimiento a la posibilidad que el Estado someta controversias con inversionistas extranjeros, en mérito a tratados suscritos, respondió al conflicto que precedió antes de la dación de la carta de 1979.

En efecto, en el año 1974 la suscripción de unos contratos pesqueros con Japón, sometiéndose a la legislación japonesa y a la solución de conflictos en el ámbito arbitral, generó una seria reacción del Colegio de Abogados de Lima y el encarcelamiento de la directiva presidida por el doctor Juan Vicente Ugarte del Pino. Esa experiencia condujo a la incorporación de las normas constitucionales.

Nótese, pues, que los textos de 1979 y 1993, de un lado, invocan la doctrina Calvo[34] para exigir el sometimiento de toda empresa extranjera domiciliada en el Perú a las leyes y tribunales peruanos; y, de otro, habilitan el sometimiento a tribunales arbitrales reconocidos en virtud de tratados internacionales.

---

[34] La doctrina Calvo, denominada así por su autor, Carlos Calvo, pertenece al Derecho Internacional, establece que los extranjeros deben realizar sus demandas, reclamaciones y quejas sometiéndose a la jurisdicción de los tribunales locales, evitando recurrir a las presiones diplomáticas o intervenciones armadas de su propio Estado o gobierno.

2.10.1. El debate de 1979

En la Asamblea Constituyente de 1979,[35] puesto a debate el anteproyecto incorporando la expresión «jurisdicción arbitral», los constituyentes del Partido Aprista Peruano y destacados abogados de profesión Javier Valle Riestra y Francisco Chirinos Soto manifestaron sus discrepancias.

El constituyente Javier Valle Riestra sostuvo que debía suprimirse la alusión a la «jurisdicción arbitral», en los siguientes términos:

> Aquello a que voluntariamente las partes, si tienen litigio se someten, nombrando un árbitro para que exista un laudo de derecho. Eso no es una jurisdicción permanente, tiene ribetes de jurisdicción voluntaria a la que se someten las partes.

En otro pasaje, ante la afirmación que de no incluirse en el texto constitucional se entendería derogada la norma del Código de Procedimientos Civiles que la permitía, el mismo señor Valle Riestra acotó: «La jurisdicción arbitral no funciona porque la Constitución la reconozca o la desconozca, ha seguido funcionando». Esta posición fue secundada por el constituyente Francisco Chirinos Soto.

En contraposición, los constituyentes socialcristianos Ramírez del Villar y Vega García abogaron por su incorporación.

El constituyente Ramírez del Villar argumentó:

> [L]a arbitral resulta una jurisdicción independiente. Si la ley no lo reconoce todavía, tiene la taxativa de ser jurisdicción arbitral en los casos en que la ley no la prohíbe; si no, se establece que también es una forma

[35] La secuencia de las intervenciones es tomada de la tesis del señor magistrado Eder Juárez para optar el grado de magister en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Dicha tesis ha sido convertida en el volumen 72 de la Biblioteca de Arbitraje publicada por el Estudio Mario Castillo Freyre. Adicionalmente, se ha consultado los Diarios de Debates de la Asamblea Constituyente de 1979 y del CCD de 1993.

> independiente de jurisdicción. Entonces estaríamos negando la posibilidad de que los fallos arbitrales tengan fuerza. Esta es la razón de la excepción […] De tal manera que insistimos que la jurisdicción arbitral debe estas limitaciones a los casos que no están prohibidos por la ley […].

El constituyente Vega García sostuvo:

> Al leer la Constitución vigente (se refiere a la Constitución de 1933) hay que advertir que ahí no prohibía ninguna jurisdicción independiente, en cambio aquí expresamente estamos prohibiendo todo acto de jurisdicción. Entonces, si no hacemos la excepción expresa de juicio arbitral, como dice el señor Alayza, en la ejecución de los fallos arbitrales, nos vamos a encontrar desprovistos de instrumentos realmente ejecutivos.

En la sesión de la Comisión Permanente del 9 de febrero de 1979 y a pedido del señor Valle Riestra se reabrió nuevamente el debate sobre la incorporación de la expresión jurisdicción arbitral. El referido constituyente reiteró sus objeciones, en los términos siguientes:

> [R]ealmente el arbitraje […] no es de naturaleza jurisdiccional, sino realmente de naturaleza contractual. Las partes se ponen de acuerdo en materia civil para resolver una controversia, llamando a arbitradores o a personas que resuelven según su leal saber y entender, mientras que la jurisdicción ordinaria es amplia e irrestricta; es una jurisdicción que está excluida en muchos puntos de lo penal, familia, capacidad, etc., mientras en la jurisdicción normal son los órganos del Estado los que resuelven; aquí son particulares que muchas veces pueden no ser abogados y hasta ser extranjeros cuando son adjuntos, que son los llamados arbitrajes de equidad y en los que no tienen ni siquiera que ceñirse a las reglas del Código de Procedimientos Civiles […] La jurisdicción civil ordinaria es una jurisdicción que emana del pueblo, de la soberanía nacional […] El arbitraje emana de un acuerdo inter partes, de los particulares, por lo que carece de jurisdicción.

En contraposición, el señor Aramburú Menchaca, representante del Partido Popular Cristiano, refutó la tesis con los siguientes argumentos:

> No hay razón para temer decir ´jurisdicción arbitral´. Precisamente una de las características del arbitraje no solamente en la forma de árbitros arbitradores, sino de árbitro de jure, y dentro de un sistema tan completo como el que tenemos en el Perú cuya ley es considerada la mejor ley del mundo en la materia, es esa implicancia que tienen los tribunales arbitrales con el Poder Judicial. El Poder Judicial ejerce una función tuitiva sobre los tribunales arbitrales, es un tipo de jurisdicción, es un tipo si se quiere de jurisdicción voluntaria que las partes eligen, los jueces otras veces, inclusive, si se trata de tribunales arbitrales establecidos de antemano, cuando se trata del arbitraje administrado […] Queda muy bien la palabra «jurisdicción arbitral», es algo que robustece el arbitraje. En este momento existe en el mundo un gran auge hacia el arbitraje […] De manera que invitaría a mi colega el doctor Valle Riestra, a fortalecer la institución del arbitraje que es tan práctica, manteniendo el término «jurisdicción arbitral», que no es exactamente un contrato.

El señor Valle Riestra replicó:

> No es cambiándole el nombre a las cosas que cambian de naturaleza. La naturaleza es el hecho contractual y creo que estamos creando por ficción una jurisdicción extraordinaria que tiene otra majestad y otras atribuciones que no están libradas al azar.

El señor Aramburú Menchaca duplicó:

> […] No quiero que se retracte. Lo único que sostengo es que existe una «jurisdicción arbitral». Estoy convencido que lo arbitral es también una forma de jurisdicción y es un medio de nuestro sistema y del sistema judicial de todas partes del mundo. El país donde más se practica el arbitraje es Inglaterra, donde un tribunal arbitral funciona constantemente en contacto con la Corte, con lo que se llama los *special cases*, razón por la cual el arbitraje en Inglaterra no es un modelo de arbitraje. En Alemania, el arbitraje no tiene fuerza obligatoria. Además, en estos momentos los jueces de todas partes del mundo están actuando como árbitros. Inclusive, hasta donde se ha dado, se permite en la legislación de hoy en el mundo que las partes les pidan a los jueces ordinarios que no actúen como jueces, sino como árbitros.

Finalmente, el señor Ramírez del Villar agregó una consideración práctica:

> Lo único que diría yo es que si no se establece la posibilidad de que haya una jurisdicción arbitral, los fallos de los árbitros no pueden ser ejecutivos.
>
> No se podrá pedir al juez que los haga cumplir.
>
> Y ese es un punto que mata totalmente la posibilidad de arbitraje y además de las ventajas que ha dicho el doctor Aramburú, tiene la gran facilidad que da el Poder Judicial tan recargado como el nuestro, que vaya por lo menos facilitando la administración de justicia a través de fórmulas en que las partes están de acuerdo y que el resultado que el fallo final tenga, debe ser acatado por ellas. Yo creo que no solo son razones doctrinarias, sino eminentemente prácticas.

Sometido nuevamente a votación, el artículo 3 del Proyecto de la Subcomisión, el mismo fue aprobado, incorporando la expresión «jurisdicción arbitral». Finalmente, el texto fue aprobado sin debate en la 33.ª Sesión del Pleno del 2 de abril de 1979, en los siguientes términos:

> Artículo 240.- «Son garantías de la administración de justicia:
>
> 1. La unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional. No puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral, en los casos que la ley no la prohíbe, y de la jurisdicción militar. Quedan prohibidos los juicios por comisión o delegación […]».

2.10.2. El debate de 1993

En el Congreso Constituyente de 1993, el debate se centró en la misma controversia.

En la 36.ª sesión de la Comisión de Constitución realizada el 30 de marzo de 1993 se puso a debate el artículo 2 del Proyecto presentado

por la Alianza Nueva Mayoría - Cambio 90 que, reproduciendo el texto de 1979, señalaba:

> Artículo 2.- «Son principios de la función jurisdiccional y derechos en el proceso:
>
> 1) La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar. Quedan prohibidos los juicios por comisión o delegación».

El objetante al texto fue el señor Enrique Chirinos Soto, también integrante de la Asamblea Constituyente de 1979, señalando:

> No existe la jurisdicción arbitral. Los árbitros no tienen jurisdicción. Fue un exceso de la Constitución de 1979 la llamada jurisdicción arbitral. El árbitro no tiene *coertio*, señor Presidente. El árbitro no puede hacer efectivas sus resoluciones, pues terminado su trabajo hay que llevar el laudo arbitral al Poder Judicial, que es el que tiene la jurisdicción, donde el juez común hace cumplir esa decisión arbitral.

La tesis fue refutada por el expresidente de la Corte Suprema, señor César Fernández Arce y por la autora de este trabajo.

El señor Fernández Arce sostuvo:

> Efectivamente, como dice el doctor Chirinos Soto, el árbitro no tiene *coertio*, pero sí tiene *jurisdictio*; y si tiene *jurisdictio*, es jurisdiccional.

Sostuve entonces:

> Pero el árbitro dicta derecho, es decir, que en esa medida ejerce jurisdicción.

La réplica del señor Chirinos Soto reiteró el concepto:

> Pronuncia derecho, pero no lo hace cumplir, porque no tiene *coertio*. Entonces, no es verdadera jurisdicción, sino un muñón de jurisdicción […] Lo que tenemos que hacer es otra cosa: reconocer el procedimiento arbitral, pero no darle carácter de jurisdicción, que no tiene.

En la dúplica reafirmé:

> Creo que el tema es el reconocimiento a la capacidad de un árbitro de dictar derecho, de resolver una controversia, que constituye, en efecto, una excepción al régimen general de la jurisdicción ordinaria. En esa medida, afirmar que hay una excepción jurisdiccional, entendida la expresión como capacidad de resolver una controversia y de dictar derecho, me parece acertada. Considero que no es una inexactitud afirmar que frente a la regla de la jurisdicción ordinaria está la excepción de jueces que no son tales, pero a los que el Estado les reconoce capacidad de resolver controversias, y también de árbitros que solucionan conflictos y, por tanto, dictan derecho por delegación de las partes. Son dos situaciones excepcionales frente a la regla genérica de que la resolución de las controversias y la capacidad de hacer ejecutar fallos corresponde solo a los jueces. Pienso que la expresión constitucional es correcta. Hay la jurisdicción en el sentido de que hay capacidad de dictar derecho, hay capacidad de resolver controversias por una fuente de poder diferente de la que señala ordinariamente la Constitución como regla.

Sometido a votación, el Proyecto fue aprobado con 7 votos a favor, 1 en contra (del señor Chirinos Soto) y 2 abstenciones (de la señora Martha Chávez y del señor Samuel Matsuda).

En el pleno (29.ª R-1 Sesión Vespertina del 24 de agosto de 1993) el congresista Ántero Flores-Araoz Esparza, como lo hiciera el constituyente Ramírez del Villar en 1979, incidió en las razones prácticas y de seguridad jurídica que traían la constitucionalización del arbitraje:

> Si bien es cierto que la jurisdicción la ejerce el Estado, y si bien es cierto también que ese es un derecho de las personas que tienen diferendos, el de recurrir a esa jurisdicción estatal, que es una garantía de la intervención del Estado para administrar justicia, esas mismas personas podrían voluntariamente acogerse a lo que se llama la jurisdicción voluntaria, que

> en este caso es la jurisdicción a la que se ha mal llamado «jurisdicción arbitral», porque en el fondo no es jurisdicción, sino el acto voluntario de las partes que pretenden renunciar a la jurisdicción del Estado para someterse a una jurisdicción particular. Creo que darle mayor seguridad jurídica, con rango constitucional, a esta jurisdicción arbitral es conveniente.

En la 29.ª S-1 Sesión (vespertina) del 25 de agosto de 1993, el pleno del Congreso aprobó el artículo 139 de la Constitución Política:

> 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. No hay proceso judicial por comisión o delegación».

3. ¿QUÉ IMPORTA LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ARBITRAJE?

Habiéndose presentado un recuento del tratamiento constitucional del arbitraje a lo largo de la historia constitucional peruana, resulta pertinente señalar que la constitucionalización del arbitraje no es un requisito *sine qua non* para su admisión como forma alternativa de solución de conflictos. Como se ha sostenido desde el análisis de la naturaleza jurídica, el arbitraje es una institución de origen exclusivamente contractual, sustentado en el principio de autonomía de la voluntad de las partes. En esa medida, reconocida la libertad de contratar como derecho fundamental, no podría haberse objetado la validez del libre y voluntario sometimiento de las partes a una solución heterocompositiva en manos de un tercero ajeno al Poder Judicial.

Como bien se planteó en los debates de 1979 y 1993, y como se ha expuesto en líneas precedentes, el valor adicional del arbitraje es la fuerza obligatoria del laudo (es decir, de la decisión de los árbitros con calidad de cosa juzgada). En ese sentido, ratificamos nuestro convencimiento

que la constitucionalización del arbitraje supone el pleno reconocimiento de la efectividad y fuerza obligatoria del laudo arbitral, como consecuencia de una labor jurisdiccional (o quizás de modo más preciso, cuasi jurisdiccional) de los árbitros. Por lo demás, en el ámbito internacional, ese reconocimiento supone la validez y efectos de compromisos internacionales del Estado contraídos a través de tratados internacionales, admitiendo la posibilidad que órganos supranacionales o tribunales arbitrales privados, más allá de su soberanía puedan resolver controversias que involucren al propio Estado.

No podemos negar el valor de la crítica de quienes han incidido en la falta de *coertio* del laudo y en la necesaria complementariedad de la acción del Poder Judicial. De ello también nos hemos ocupado al desarrollar la teoría ecléctica o mixta y al usar en más de una ocasión la expresión cuasi jurisdiccional. Es decir, al reconocer que la labor temporal y específica para el caso concreto que desarrolla el árbitro, tiene elementos comunes con la labor jurisdiccional, pero no es idéntica. Por ello, coincidimos con Carnelutti cuando precisa que el arbitraje es un «equivalente jurisdiccional».

Todo lo expuesto nos lleva además a sostener que, el reconocimiento de un simple «procedimiento arbitral», como se sugería en el debate de 1993, hubiera resultado insuficiente. Como lo hemos expuesto al presentar la tesis del profesor Aníbal Quiroga y la de otros exponentes de la doctrina contemporánea, el arbitraje se desenvuelve en un proceso, con reglas propias y flexibles, pero proceso al fin. Por ende, también le son de aplicación los principios que garantizan el debido proceso en sus expresiones más cabales: el derecho a la bilateralidad, a la igualdad de armas, el derecho a la defensa, el derecho a probar, el deber de razonamiento y motivación del árbitro al momento de resolver, entre otros. Debemos, sin embargo, dejar constancia que siendo un proceso que nace de la autonomía privada, existen algunas características que son disponibles, precisamente en uso de esa libertad. Empero, como también se ha señalado, el proceso es el instrumento y no el fin en sí mismo.

Ahora bien, estimamos que la incorporación del arbitraje en el numeral destinado a regular las garantías de la administración de justicia refuerza la imperiosa necesidad de ejercer un control jurisdiccional sobre el arbitraje, sobre cuyos alcances nos pronunciaremos en otros capítulos.

No menos relevante es el debate, que también abordaremos, sobre el deber de los árbitros de integrar el derecho y; de modo aún más específico, la potestad de ejercer control constitucional difuso y control de convencionalidad.

Lo que no cabe duda es que el debate más significativo sobre la materia es la determinación de los alcances de la expresión jurisdicción, centro del debate constitucional y de la crítica de la doctrina peruana (especialmente los juristas especializados en derecho procesal).

Juan Monroy Gálvez afirma: «Contrariamente a lo que se suele pensar, la infeliz iniciativa de pretender "jurisdiccionalizar" el arbitraje a través de la Constitución de 1979 (art. 233.1) y la repetición de aquella insensatez en la actual (art. 139.1) contribuyeron a crear el clima enrarecido de hoy donde la prepotencia de algunos jueces no es menos estridente que los reclamos —varios con pintoresco tinte clasista— de quienes han resumido el rol de "guardianes del arbitraje"».[36]

Aníbal Quiroga León señala: «[…] se debe eliminar la referencia a una jurisdicción arbitral, ya que técnicamente es inadecuada. Ello no descarta la conveniencia de un reconocimiento constitucional expreso de los diferentes medios alternativos de solución de conflictos: arbitraje, negociación y conciliación».[37]

Marianella Ledesma se pregunta: «¿Cómo se puede calificar de función jurisdiccional a una actividad privada que de por sí carece del poder de la *executio*? La falta de este atributo en la actividad arbitral niega su

36 Citado por VERA CACHO, Giuseppi. *Op. cit.*
37 *Ibidem*.

condición de acto jurisdiccional, sin que ello signifique que no sea un mecanismo válido, reconocido constitucionalmente como una justicia alterna a la estatal. Otro aspecto a considerar es que el Estado ejerce de manera exclusiva la función jurisdiccional como expresión de soberanía».[38]

En la otra orilla, César Landa, expresidente del Tribunal Constitucional, considera al arbitraje una «jurisdicción de excepción» y señala que la consagración de los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional no supone que el Poder Judicial sea el único encargado de ejercer dicha función, puesto que ello implicaría negar el carácter jurisdiccional del Tribunal Constitucional, del Jurado Nacional de Elecciones, de la jurisdicción especializada del fuero militar y, por extensión, del arbitraje.[39]

A su vez, Ana María Arrarte señala que la afirmación sobre la función jurisdiccional del arbitraje no guarda relación con la naturaleza de la institución, sino con una cuestión más bien normativa, según la cual el arbitraje es una función jurisdiccional, porque así lo dice la Constitución.[40]

Desde una perspectiva constitucional, el debate es muy importante porque la jurisdicción es, en efecto, una expresión de la soberanía del Estado; por ende, una potestad reservada para este y ejercida a través de uno de los órganos estatales, el Poder Judicial. La presencia del arbitraje nacional e internacional rompe ese monopolio.

En el caso del arbitraje doméstico o nacional, en uso de la libertad, las partes deciden excluir la competencia del Poder Judicial para la resolución de asuntos de naturaleza disponible, confiriendo potestad resolutiva a unos particulares, a cuya decisión libremente se someten. La

38 LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Op. cit.*, p. 44.
39 *Idem*, p. 43.
40 *Idem*, p. 52.

administración de justicia privada, como también se ha expuesto, es históricamente previa al monopolio estatal. Sin embargo, no puede se puede negar que, al admitirse formas privadas heterocompositivas de administración de justicia, se rompe el monopolio estatal. El tema se vuelve más complejo, cuando, como en el caso peruano, el propio Estado, por mandato imperativo de la ley, configura un arbitraje obligatorio para toda controversia derivada de la contratación pública. Diríase, en consecuencia, que la posibilidad de impartir justicia no constituye una atribución exclusiva del Estado. Lo que se pone en duda es si esa forma privada de administración de justicia constituye o no jurisdicción.

El tema resulta aún más controvertido en el ámbito internacional, al admitirse la posibilidad de laudos internacionales de ejecución inmediata (en mérito a Convenciones como las de Nueva York o Panamá) dictados en el marco de arbitrajes institucionales o *ad hoc* a los que las partes se han sometido, e incluso la expresa renuncia a la intervención de órganos judiciales estatales y el sometimiento a tribunales arbitrales derivados de convenios bilaterales o multilaterales de inversión a los que se someten los Estados, habilitando dichas intervenciones en situaciones que supongan vulneración de las garantías brindadas a la inversión. Más alejado aún de la noción de soberanía, el concepto de deslocalización del arbitraje, aunque, como también hemos analizado, la expresión no puede ser absoluta, porque, en cualquier caso, la ejecución del laudo vincula al órgano jurisdiccional del territorio en el que ha de hacerse valer.

Estimamos, pues, que, desde una perspectiva constitucional, el reconocimiento del arbitraje nacional e internacional e incluso su constitucionalización suponen una relativización de la noción de soberanía, en su clásica acepción del siglo XIX. Es la noción amplia y excluyente de toda intervención privada la que confiere el monopolio de la jurisdicción al Estado. La jurisdicción es, en esa medida, una inequívoca manifestación del Poder Estatal e incluso una de sus funciones en la división de

las mismas representada por los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

La constitucionalización del arbitraje, en el marco de un sistema normativo constitucional que reconoce la libertad y la autonomía privada como derechos fundamentales, supone el expreso reconocimiento al derecho de los particulares de prescindir de la intervención estatal para dirimir los conflictos a los que pudieran estar sujetos. Esa misma capacidad de renuncia, se le confiere al propio Estado (y a las instituciones públicas) respecto de controversias con particulares en diversos ámbitos (particularmente en de la contratación pública) y en el trato con la inversión dentro de su territorio. Independientemente del debate doctrinario sobre la existencia o no de jurisdicción, como bien se sostuvo en los debates de 1979 y 1993, no pueden obviarse las consideraciones de flexibilidad, descongestionamiento judicial y seguridad jurídica que acompañan esa orientación constitucional.

Ahora bien, nada de lo dicho excluye, dentro del ámbito de un Estado constitucional de derecho, el necesario control constitucional, puesto que este es la garantía de la vigencia del principio de supremacía constitucional.

4. UNA APROXIMACIÓN A LA POSICIÓN DE TRIBUNALES CONSTITUCIONALES O CORTES SUPREMAS

4.1. La posición del Tribunal Constitucional español

La Constitución española de 1978 no contiene norma alguna que constitucionalice el arbitraje.

El Tribunal Constitucional español, en diversas sentencias, ha ido fijando criterios sobre la naturaleza jurídica del arbitraje.

En las STC 92/1985 de 24 de julio y 160/1991, de 18 de julio y en la sentencia del Tribunal Supremo del 9 de octubre de 1989 (RJ 1989,6899), se sostuvo: "La exclusividad jurisdiccional a que parece aludir el artículo 117.3 CE y 2 LOPJ no afecta la validez constitucional del arbitraje, ni vulnera el artículo 24 CE, ya que el derecho a la tutela judicial efectiva puede ejercitarse tanto ante la jurisdicción ordinaria como mediante arbitraje, ya que el derecho a dicha tutela «[…] no impide la igualmente facultad constitucional de optar para dicha tutela por el cauce extrajudicial del arbitraje».

En la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 3 de marzo de 1989 (RJ 1989, 9882), se dejó sentada la siguiente tesis: «El libre sometimiento de las partes a un arbitraje, en virtud del convenio arbitral, de controversias que versen sobre materias de libre disposición, dentro del marco de un procedimiento que salvaguarde las garantías de igualdad, audiencia, contradicción y prueba, configura el arbitraje como un auténtico equivalente jurisdiccional, de naturaleza contractual».

En el auto del Tribunal Constitucional 259/1993 se dejó sentada la siguiente tesis: «No puede equiparse, de manera absoluta, la función que desempeñan los árbitros con la ejercida por los jueces y tribunales. En cuanto al objeto, el ámbito de aplicación del arbitraje solo llega hasta donde alcance la libertad de los particulares; por ello, "[…] quedan extramuros del arbitraje aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición […]"».

Frente a las facultades que la Constitución otorga a los órganos judiciales, de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, la potestad jurisdiccional del árbitro abarca únicamente la de juzgar, desempeñando una función pública «cuasi jurisdiccional». En ese «casi» está el quid de la cuestión.

En la STC 288/1993, de 4 de octubre de1993, el Tribunal Constitucional configuró el arbitraje como «un equivalente jurisdiccional» mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que ante

los órganos jurisdiccionales del Estado, es decir, una decisión con efectos de cosa juzgada.

En la STC 176/1996 de 11 de noviembre de 1996 se señaló: «[E]l Tribunal Constitucional carece de jurisdicción para enjuiciar el laudo arbitral en sí mismo considerado, por cuanto como acto no referible a ningún poder público resulta extraño al ámbito y función del proceso constitucional de amparo. Solo en la medida, bien escasa como veremos, en que las supuestas vulneraciones alegadas sean referibles a la actuación del órgano jurisdiccional que conoció del recurso de nulidad frente al laudo estará justificado que este Tribunal enjuicie una eventual lesión del derecho a la tutela judicial, o la prestación de dicha tutela por órgano judicial no legalmente predeterminado. Aquello que por voluntad expresa de las partes se defiere al ámbito del proceso arbitral, por esta misma voluntad expresa de las partes queda sustraído al conocimiento del Tribunal Constitucional».

En la STC 9/2005 de 17 de enero de 2005 se ratificó que el laudo arbitral debe quedar excluido del amparo, por las siguientes consideraciones: «El arbitraje es un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (artículo 1.1.CE)».

Lo expuesto líneas arriba coincide con la acertada apreciación del jurista y árbitro español Bernardo Cremades:[41] «El Tribunal Constitucional configura el arbitraje como un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que de la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de cosa juzgada. Reconociendo "[…] que la

41 CREMADES, Bernardo M. «El arbitraje en la doctrina constitucional española». En *Lima Arbitration*, 2006, n.º 1. Recuperado de <https://www.yumpu.com/es/document/read/45291937/el-arbitraje-en-la-doctrina-constitucional-espanola-lima-arbitration>.

institución arbitral es compatible con la Constitución […]", los árbitros, al igual que los jueces y tribunales, prestan también tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos en el sentido del artículo 24.1 CE, ya que su actividad —desarrollada por el cauce de un procedimiento respetuoso de los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes— conduce a la creación de un título ejecutivo con eficacia similar a la sentencia judicial, que abre la ejecución judicial forzosa. El que existan vías judiciales para anular el laudo corrobora que los árbitros prestan auténtica tutela jurisdiccional».

4.2. La posición de la Corte Suprema argentina

La judicatura argentina ha fijado igualmente algunos criterios relevantes con relación al arbitraje:

En la resolución de la Cámara Nacional Civil Comercial Federal, Sala III, 26-5-1994, L.L. 1995-A-124; DJ 1995-1-49 se sostuvo: «[A]un cuando el arbitraje sea un procedimiento de solución de controversias de origen contractual, es jurisdiccional por su función y por la especial eficacia que el derecho otorga a sus efectos, por lo que las tareas que realizan los árbitros no guardan relación con las ejercidas por abogados y procuradores que defienden los intereses individuales de las partes […] al arbitraje se lo puede presentar como un tránsito de la solución contractual a la judicial del litigio; un subrogado, un sustitutivo de la jurisdicción, un procedimiento para judicial, en el cual el Estado se encuentra interesado, no solo en proteger, sino también en ejercer una función de control del procedimiento seguido y del laudo que en él se pronuncia».

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la CSJN, Bruce vs. de las Carreras, Fallos 22:371 (año1880); Id. 1-11-88, S.A. La Nación vs. S.A. La Razón Editorial EFICyA, Fallos 311:2223, y J.A. 1989-II-691 ha señalado que aun cuando el arbitraje sea un procedimiento de solución de controversias de origen contractual es jurisdiccional por su función y por la especial eficacia que el derecho otorga a sus efectos.

En la sentencia CSJN, 11-11-1997, Yacimientos Carboníferos Fiscales, Fallos 320:2379; L.L. 1998-C-793 precisó que los árbitros desempeñan una actividad mixta, jurisdiccional por su naturaleza, pero convencional por su origen .

En el caso Cartellone c. Hidrono, y con el propósito de establecer un nuevo escenario en el control de constitucionalidad de los laudos arbitrales, la Corte Suprema sostuvo que los tribunales de arbitraje (aunque no forman parte del Poder Judicial y aunque carezcan de todos los atributos de los juzgados y cámaras que lo conforman) son tribunales de justicia que poseen la competencia para decir el derecho.

4.3. La posición de la Corte Constitucional colombiana

La Constitución de 1991 fue la primera en Colombia en constitucionalizar la figura del arbitraje. Antes, la institución arbitral solo tuvo un tratamiento legal.

Pérez Solano sostiene que el arbitraje se incluyó en la Constitución de 1991 como respuesta al clamor de muchos juristas locales en razón a la corriente arbitral a nivel internacional y a la propuesta que se hiciera en la Asamblea Nacional Constituyente dentro de la exposición de motivos del Proyecto de articulado para una Constitución Política de Colombia.[42]

Antes de la constitucionalización, y existiendo cuestionamientos a esta modalidad de solución de conflictos, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 29 de mayo de 1969, con ponencia del H. Magistrado Luis Sarmiento Buitrago puntualizó:

---

42 PÉREZ SOLANO, Jimmy Antonio. «El concepto y naturaleza del arbitraje comercial en el ordenamiento jurídico colombiano». En *Justicia*, julio-diciembre 2017, n.º 32, vol. 22. Recuperado de <https://doi.org/10.17081/just.22.32.2917>.

> b) El arbitramento es un verdadero juicio. Por esta inclusión del arbitramento entre los procedimientos que regula el Código del ramo, deber ser tratado como un verdadero procedimiento, sea simplemente *ad similitudinem iudiciorum*, como dijo Paulo, sea como verdadero juicio, según la tesis del procurador […] Pero es un procedimiento que difiere sustancialmente del común de los procedimientos estrictamente judiciales, por varias razones que lo tipifican de manera especial: porque no lo adelantan personas investidas de manera permanente de la jurisdicción del Estado para decidir en nombre de la República, sino por particulares designados para ello por las partes, que derivan del acuerdo de estas mismas la facultad de decidir con efectos de sentencia, por el solo ministerio de la ley, sin necesidad de homologación o confirmación judicial posterior; porque es un procedimiento que no puede ser utilizado por toda clase de personas, sino por aquellas que tengan capacidad legal para transigir esto es, que puedan directamente y ante sí terminar un litigio pendiente o precaver uno eventual; y porque no toda diferencia o controversia puede ser sometida a arbitramento, sino aquellas sobre las cuales sea lícito o permitido transigir.
>
> c) El carácter convencional o jurisdiccional del arbitramento no incide sobre su constitucionalidad. La discusión sobre el carácter jurisdiccional o simplemente privado o convencional del arbitramento, especialmente en algunas de sus formas ha dado y suministra importante y abundante material a la especulación jurídica, pero cualquiera que sea la tesis que se acoja no incide en la decisión que la Corte adopte sobre la exequibilidad del título XLVII del Código de Procedimiento Civil y de la ley 2a de 1938. […] .

La Corte Constitucional, a su turno y congruente con lo anterior, en la sentencia C-242 de 1978 expresó:

> El arbitramento representa un mecanismo para impartir justicia, a través del cual igualmente se hace efectiva la función pública del Estado en ese sentido, y claramente consagrado por el ordenamiento jurídico; es más, dicho instituto goza de autorización constitucional expresa, con determinadas características, en donde los árbitros quedan investidos transitoriamente, de la función de administrar justicia, con los mismos deberes, poderes, facultades y responsabilidades, en razón de haber quedado habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad,

> en los términos que señale la ley. […] *La decisión arbitral concretada en un laudo arbitral, bien sea en derecho o en equidad, es eminentemente jurisdiccional y equivale a una providencia judicial*, en cuanto resuelve el litigio suscitado entre las partes, pronunciándose sobre los hechos, resolviendo sobre las pretensiones, valorando las pruebas y declarando el derecho a la luz de los mandatos constitucionales y legales o atendiendo a los principios de equidad. Claro está que la ejecución y control de ese laudo corresponde a la jurisdicción ordinaria permanente. No cabe, entonces, duda alguna de que el arbitramento constituye una institución importante para la obtención de una eficaz administración de justicia.

Luego de la incorporación del arbitraje al texto constitucional, en la sentencia C-163 de 1999, la Corte Constitucional sentenció:

> La justicia arbitral solo está permitida constitucionalmente si está habilitada por las partes. Sin embargo, resulta equivocado deducir de esta premisa que el legislador está impedido para regular el procedimiento que rige este tipo de mecanismos de solución de conflictos, pues si bien el acceso a la justicia arbitral es voluntario, la función de administración de justicia por árbitros deberá desarrollarse "en los términos que determine la ley.

4.4. La posición del Tribunal Constitucional peruano

El Tribunal Constitucional peruano ha tenido ocasión de fijar posición en la STC Exp. n.º 6167-2005-PHC/TC conocida como el caso Cantuarias Salaverry.

4.4.1. Los hechos del caso

En el caso en referencia, don Renee Quispe Silva, como procurador oficioso del árbitro Fernando Cantuarias Salaverry, demandó protección en vía de hábeas corpus de su libertad individual por violación de sus derechos constitucionales a la tutela procesal efectiva, al debido proceso y a la contradicción o defensa, puesto que se había formalizado denuncia

penal contra Fernando Cantuarias Salaverry, mediante acusación de fecha 10 de mayo de 2005, por los delitos de falsedad genérica y fraude procesal en agravio de Compañía de Exploraciones Algamarca S. A. y el Estado, respectivamente.

Fernando Cantuarias Salaverry había sido designado para integrar un tribunal arbitral con los señores Jorge Santistevan de Noriega y Víctor Ávila Cabrera, colegiado que llevó a cabo el proceso arbitral entre la Compañía de Exploraciones Algamarca S. A. (en adelante, Algamarca) y Minera Sulliden Shahuindo S. A. C. (en adelante, Sulliden). En el referido proceso arbitral, el árbitro Fernando Cantuarias Salaverry fue recusado por Algamarca, alegando que su padre se desempeñaba, conjuntamente con el doctor Enrique Lastres Berninzon —representante de Sulliden en el proceso arbitral—, como director de otra empresa llamada Cía. Minera Poderosa S. A.

El planteamiento de recusación señaló, además, que en 1996 Fernando Cantuarias Salaverry había ejercido la representación legal de esa empresa Cía. Minera Poderosa S. A. en otro arbitraje instaurado entre dicha empresa y Minera Pataz EPS.

Mediante Resolución n.º 75, de fecha 25 de noviembre de 2004, el tribunal arbitral declaró infundada dicha recusación.

El 2 de diciembre del 2004, Algamarca planteó un pedido de nulidad sustancial de la resolución que declaró infundada la recusación, aduciendo que Fernando Cantuarias Salaverry era socio del Estudio Jurídico Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich Abogados y, por tanto, se encontraba impedido de intervenir como árbitro teniendo aparente interés personal.

Ante este planteamiento, el recurrente afirmó que en junio de 1996 se retiró de la calidad de abogado de planta del estudio de su padre, para

aceptar la designación de gerente legal de Cofopri mediante resolución suprema publicada en el diario oficial *El Peruano*.

Sin embargo, el tribunal arbitral, mediante Resolución n.º 97, de fecha 30 de diciembre de 2004, desestimó la nulidad, por considerar que ninguno de los hechos nuevos daba lugar a recusación alguna y, además, declaró improcedente la renuncia presentada por Cantuarias Salaverry.

Frente a ello, el 27 de enero del 2005, Algamarca acudió a la vía penal, en la que, el fiscal demandado, denunció a Fernando Cantuarias Salaverry por supuestos delitos de falsedad genérica y fraude procesal.

Contra dicha resolución el recurrente interpuso la demanda de hábeas corpus materia de análisis.

4.4.2. La tesis jurídica del Tribunal Constitucional

Con ocasión de este proceso, el Tribunal Constitucional hizo suya la *teoría jurisdiccional*.

A continuación, resumimos algunos de los principales criterios expuestos por el Tribunal Constitucional:

a) Justificación de la institución

- El arbitraje se configura como un juicio de conocimiento en donde «jueces particulares» deciden a través de un laudo con toda la amplitud de validez intrínseca y extrínseca de una sentencia judicial.

- Es el proceso más utilizado para resolver conflictos comerciales y, en el nuevo orden económico internacional, prototipo de proceso de resolución de conflictos entre particulares, e incluso entre estos y los Estados.

- En el Perú, el arbitraje es obligatorio, según las normas de contratación del Estado, además forma parte de los contratos de inversión suscritos por el Estado y de todos los contratos de estabilidad jurídica regidos por los Decretos Legislativos n.os 758 y 662.

b) Naturaleza y características de la jurisdicción arbitral

- La función jurisdiccional debe entenderse como el fin primario del Estado consistente en dirimir los conflictos interindividuales. Por ello, normalmente se ha reservado para la atribución que ejercen órganos estatales.

- Sin embargo, el artículo 139 inciso 1 de nuestro ordenamiento constitucional consagra la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral, lo que determina que, en el actual contexto, el justiciable tenga la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para demandar justicia, pero también ante una jurisdicción privada.

- El arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias y, sobre todo, para la resolución para las controversias que se generen en la contratación internacional.

- Por lo tanto, 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 artículo 20 inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139 de la propia Constitución.

- Todo ello hace necesario que se efectúe una lectura iuspublicista de esta jurisdicción.

c) Criterios para el control constitucional de las resoluciones arbitrales

c.1) Principio de autonomía de la voluntad y jurisdicción arbitral

- El convenio arbitral es el acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial. De lo que se desprende la naturaleza contractual del convenio, que obliga a las partes a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle y para el posterior cumplimiento del laudo arbitral.

- El principio de autonomía de la voluntad no debe ser entendido de manera absoluta, sino dentro de los valores y principios constitucionales.

- Si bien es cierto que la autonomía de la voluntad deriva de la Constitución, no puede discutirse la facultad de controlarla por razones del orden público constitucional, máxime si la propia jurisdicción arbitral integra este. Esto supone en un Estado constitucional, que el poder se desagrega en múltiples centros de decisión equilibrados entre sí por un sistema de control de pesos y contrapesos, como postula el artículo 43 de la Constitución. Esto hace que el poder público, pero también el privado, estén sometidos al Derecho.

- El control constitucional se desenvuelve *a posteriori* cuando se vulnera el derecho a la tutela procesal efectiva o se advierte un incumplimiento por parte de los propios árbitros, de la aplicación de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria.

- El ejercicio de las potestades jurisdiccionales –ordinaria o constitucional– no puede ni debe ser, desde luego, abusivo ni supone la imposición de medidas irrazonables y desproporcionadas que lesionen los derechos fundamentales de autonomía de la voluntad y de contenido patrimonial —las libertades de contratar y de empresa—.

c.2) Principio de interdicción de la arbitrariedad

- Si bien la autonomía de la jurisdicción arbitral tiene consagración constitucional, como cualquier particular, se encuentra obligada a respetar los derechos fundamentales, en el marco vinculante del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139 de la Constitución).

- Si ocurriese lo contrario, la autonomía conferida al arbitraje devendría en autarquía, lo que equivaldría a sostener que los principios y derechos constitucionales no resultan vinculantes.

En el fundamento de voto del magistrado Gonzáles Ojeda, aunque coincidió con el sentido del voto, incidió en que el arbitraje no es una potestad jurisdiccional, porque esta es expresión de un poder del Estado. Afirmó que el artículo 139.1 de la Constitución consagra la garantía constitucional de un instituto en sí mismo.

Cantuarias Salaverry, precisamente el demandante en el proceso de hábeas corpus, se pregunta ¿por qué el análisis no fue a la inversa? En ese sentido: ¿por qué no se reconoció, como correspondía hacer, que el

arbitraje se nutre decididamente de la autonomía de voluntad privada y que solo en sus efectos tiene la naturaleza jurisdiccional que señala el artículo 139 de la Constitución?[43] Fiel a su propia convicción sobre la naturaleza del arbitraje, sostiene que el TC debió referirse al arbitraje como un contrato con efectos jurisdiccionales. Incluso, señala que el control a ejercer sobre el proceso arbitral debió limitarse al proceso de anulación.

La expresidenta del Tribunal Constitucional, Dra. Marianella Ledesma,[44] sintetiza sus críticas al caso Cantuarias Salaverry, con los siguientes argumentos:

- El arbitraje se sostiene en el ejercicio de la autonomía privada de voluntades, no en la potestad de la función jurisdiccional del Estado.

- El arbitraje debe ser apreciado como jurisdicción, concepto que difiere de la función jurisdiccional. El término jurisdicción no tiene la misma connotación jurídica que la expresión función jurisdiccional. El artículo 139.1 de la Constitución acoge ambos conceptos, pero con una connotación diferente.

- Se debe considerar que el Estado ejerce de manera exclusiva la función jurisdiccional como expresión de su soberanía, de tal manera que cuando los jueces del Estado resuelven los conflictos en la sociedad, lo hacen bajo el compromiso de restablecer la armonía social quebrantada a partir del conflicto; en cambio, en el arbitraje, los árbitros tienen simplemente un compromiso: resolver las controversias que las partes han sometido a su competencia, de ahí que se afirme su carácter privado, ya que su origen y reglas dependen de la voluntad de las partes.

---

43 CANTUARIAS, Fernando y José Luis REPETTO. *Op. cit.*

44 LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. . *Op. cit.*

- Considero que el arbitraje no es ejercicio de función jurisdiccional consagrada en el artículo 139.1 de la Constitución, sino en el ejercicio de la autonomía de voluntad. No se niega que la actividad arbitral pueda vincularse con los atributos de la función jurisdiccional para dotar de eficacia a la actividad arbitral (en la ejecución de laudos por citar), pero esa vinculación posible no la convierte ni transforma su naturaleza de autonomía privada en una de naturaleza jurisdiccional.

El recuento que hemos realizado y las opiniones que anteceden, revelan que el Tribunal Constitucional peruano, aunque reconoció el origen contractual del arbitraje, *desarrolló un enfoque* ius publicista *y afirmó que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del orden público constitucional*. Incluso puntualizó que 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 artículo 20 inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139 de la propia Constitución. Este criterio, fue reafirmado en otras sentencias, como la STC Exp. n.º 1567-2006/PA-TC.

En nuestro concepto, el TC fue resistente en reconocer que, la constitucionalización del arbitraje ha sido el expreso reconocimiento de una manifestación de la autonomía privada. En mérito a ese acto libre, al trasladar la posibilidad de resolver conflictos fuera del ámbito del Poder Judicial se relativiza la noción de soberanía.

Estimamos que el TC peruano debió partir de una aproximación privatista del arbitraje, sustentada como hemos señalado, en la libertad de contratación; y, desarrollar los efectos jurisdiccionales que derivan de ese acto entre privados (e incluso del propio Estado en su trato con particulares). Resultaba igualmente coherente analizar el proceso bajo el que el arbitraje se tramita, el mismo que, aunque flexible y disponible, por decisión de las partes, está sujeto a los límites del debido proceso y a las garantías que le son inherentes.

Este no es el enfoque del Tribunal Constitucional peruano. Con su énfasis *ius publicista*, el TC presenta al arbitraje como una delegación del Estado en favor de la justicia privada y no como la derivación de un contrato entre privados con efectos jurisdiccionales (amparado en la libertad de contratar), a cuya resolución (laudo) le son reconocidos efectos de cosa juzgada, equivalentes a los de una sentencia emanada del Poder Judicial.

5. ¿CUÁL ES LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE?

Luego de la exposición de las diferentes teorías sobre la naturaleza del arbitraje, del recuento del debate constitucional peruano respecto de la constitucionalización de la institución, así como de la presentación de las tesis del Tribunal Constitucional peruano y de otras cortes constitucionales, respondemos la pregunta sobre la naturaleza jurídica del arbitraje en los términos siguientes:

- Nos adherimos a la denominada tesis mixta o ecléctica. Consideramos que el arbitraje es inconcebible sin considerar su origen contractual. No hay arbitraje si las partes en uso de su autonomía privada no acuerdan someter sus eventuales diferendos a la decisión de personas ajenas al Poder Judicial.

- Empero, el arbitraje, de incuestionable origen contractual, no agota sus efectos en la relación contractual. Esta tiene razón de ser en tanto genera efectos jurisdiccionales. Se suscribe un convenio arbitral, para habilitar la intervención de árbitros, cuya función es resolver controversias que las partes, libremente excluyen de la dirimencia de la justicia estatal.

- Designados los árbitros, estos desarrollan una labor que se enmarca en un proceso. Se trata de un proceso flexible, susceptible de pactarse por las partes o someterse a las reglas de la institución

arbitral nacional o foránea. Ello, sin embargo, no excluye su naturaleza procesal y, por tanto, la necesidad que se garanticen los elementos propios del debido proceso. La autora de este trabajo considera que, dado el origen contractual y la naturaleza de acto entre privados, las reglas procesales pueden incluir algunas peculiaridades, impensables en un proceso judicial, como la ausencia de motivación. Ello porque las partes pueden expresar tal nivel de confianza en los árbitros que aun sin conocer las razones por las que arriban a una determinada decisión, esperan de este (o estos) solo su decisión. Estimamos, sin embargo, que sería impensable una renuncia al cumplimiento de ciertos elementos característicos de todo proceso heterocompositivo: la bilateralidad, la igualdad de armas entre las partes, el derecho de defensa. Su cumplimiento corresponde a la regularidad de un proceso en tanto instrumento conducente a la presentación y sustentación de las posiciones de las partes en conflicto y su dirimencia por la autoridad (o en el caso del arbitraje, por el árbitro).

- Como sostuvimos en el debate constitucional en 1993, consideramos que el laudo arbitral tiene efectos jurisdiccionales, en tanto, «dicta derecho». Aun el arbitraje de conciencia, que se sustenta en el criterio discrecional del árbitro y no en la aplicación de normas jurídicas. Reconocemos la validez de las opiniones que marcan distancia entre la actuación del juez y la del árbitro y en ese sentido, admitimos que, resulta más precisa la expresión de la jurisprudencia constitucional española en el sentido de que estamos ante una función «cuasi jurisdiccional» o de «efectos jurisdiccionales».

- Ahora bien, discrepamos de la posición del Tribunal Constitucional en cuanto ha considerado que la función jurisdiccional, tiene un origen *ius publicista*: la norma legal o constitucional que habilita la actuación del árbitro y el efecto jurídico de la decisión que emite (el laudo).

- Como hemos señalado, en nuestro concepto, el TC ha sido resistente en reconocer que la constitucionalización del arbitraje es consecuencia del expreso reconocimiento de una manifestación de la autonomía privada. En ese sentido, en nuestro concepto, el TC peruano debió partir de una aproximación privatista del arbitraje, sustentada, como hemos señalado, en la libertad de contratación y desarrollar, los efectos jurisdiccionales que derivan de ese acto entre privados (e incluso del propio Estado en su trato con particulares). Esta ha sido, por ejemplo, la lógica del Tribunal Constitucional español al analizar la naturaleza jurídica del arbitraje.

- En razón de lo expuesto, estimamos que el arbitraje no constituye una delegación del Estado en favor de la justicia privada. Por el contrario, como se ha reseñado, las formas heterocompositivas privadas preceden al monopolio de la justicia estatal, fundada en la soberanía del Estado. Sin embargo, no puede negarse que estas formas de heterocomposición también preceden a la concepción del Estado soberano que entre sus funciones fundamentales incluye la administración de justicia.

- Ahora bien, en el arbitraje comercial internacional, la aproximación privatista a la que hemos hecho referencia recurre, siempre por acuerdo de las partes, al sometimiento a un tribunal privado foráneo y a la elección de la *lex fori*. Tal apertura resulta, igualmente, con pleno sustento constitucional. No obstante, con ocasión de la ejecución del laudo o de una posible pretensión de anulación, la legislación nacional, comenzando por la Constitución Política, resultan de aplicación, solo a efectos de controlar la legalidad del laudo y de garantizar que el instrumento a ejecutar no haya vulnerado principios de orden público o el debido proceso.

- En el caso del arbitraje de inversión, el Estado, en uso de su soberanía, suscribe compromisos internacionales que contemplan mecanismos alternativos de solución de conflictos y los ofrece a inversores como garantía de seguridad jurídica respecto de su inversión. Algunos organismos internacionales, como el Ciadi, restringen a procedimientos propios la factibilidad de la anulación. En el instrumento de su creación al que han adherido a la fecha 163 países se consagra el tratamiento del laudo como uno nacional; por tanto, de ejecución inmediata.

- Así, pues, el reconocimiento de la posibilidad de resolución de conflictos fuera del ámbito del Poder Judicial, es decir, el expreso reconocimiento constitucional de formas de administración de justicia privadas, constituye una relativización de la noción de soberanía.

- Esa relativización es aún más clara en el marco de la internacionalización de las relaciones económicas, incluyendo la relación entre la inversión privada y los Estados. La teoría contemporánea ha llegado a sostener la vigencia de la «deslocalización» absoluta del arbitraje. Dicha tesis, sin embargo, como también se ha indicado, constituye un exceso, particularmente cuando se evalúa el tema de la ejecución de laudos arbitrales en un Estado determinado, aun cuando provengan de entes multinacionales que excluyan el control jurisdiccional de órganos judiciales nacionales.

- Ahora bien, el tema del control constitucional del arbitraje deriva de los dos elementos que resultan determinantes en el arbitraje: (i) la autonomía privada; y (ii) el debido proceso. Esta dualidad es una consecuencia directa de nuestra opción por la tesis mixta o ecléctica. Nótese, sin embargo, que nuestra posición se diferencia de la tesis publicista del Tribunal Constitucional, puesto que sostenemos enfáticamente que, el arbitraje es una institución privada, de origen contractual. Lo que ocurre es que el

convenio arbitral, fuente y origen del arbitraje da lugar a un proceso de naturaleza jurisdiccional (o más precisamente cuasi jurisdiccional como lo califica el Tribunal Constitucional español). A su vez, el proceso nacido del acuerdo entre las partes goza de mayor flexibilidad e incluso puede prescindir de algunas características típicas de la jurisdicción estatal (por ejemplo, la motivación). Lo que no resultaría admisible, desde una perspectiva constitucional es que se vulneren garantías fundamentales del proceso como el derecho de defensa; el derecho a probar o la igualdad entre las partes. Si se admitiera que la voluntad de las partes pudiera generar un proceso desequilibrado en el que una de las partes se encuentra en notoria desventaja, nos encontraríamos ante una situación arbitraria, siendo un principio constitucional el de la proscripción de la arbitrariedad. Por ello, como expondremos en detalle en los próximos capítulos, estimamos que el control constitucional se extiende a esta manifestación de justicia privada. Se trata, sin embargo, como unánimemente reconoce la doctrina, de una mínima injerencia. Al hacerlo, el juez ordinario o el juez constitucional no puede prescindir del reconocimiento y respeto a lo pactado por las partes; pero, tampoco puede dejar de analizar si el proceso se ha conducido por cauces constitucionales, sin afectar derechos de las partes.

- En el ámbito internacional, consideramos que, a través de un acto soberano, el Estado reconoce el derecho de particulares de someterse a la competencia de un tribunal arbitral. Ese reconocimiento lleva implícito, si fuera el Estado donde ha de ejecutarse el laudo, que mandará llevar adelante el mismo, previo *exequatur*.

- Igualmente, en ejercicio de su soberanía, en el arbitraje de inversión, el Estado admite a través de un tratado bilateral o multilateral que admitirá la competencia de un tribunal determinado

para conocer reclamaciones de inversores extranjeros. Se compromete, igualmente, a acatar los laudos que se dicten y a ejecutarlos en su territorio si ello fuera que lo que corresponde.

- Con relación al control por parte de la jurisdicción interna, que también reconocemos, subsisten los aspectos alegados anteriormente y se agrega el tema del orden público. Cabe adelantar, tema sobre el que volveremos, que no obstante la Convención de Nueva York permite a un Estado eximirse de ordenar la ejecución de un laudo que vulnere el orden público internacional, la determinación de los alcances del orden público nacional como causal de exención es una materia altamente controversial.

6. ¿ESTÁ EL ARBITRAJE SUJETO A CONTROL CONSTITUCIONAL? ¿CUÁLES SON SUS ALCANCES?

Luego del análisis desarrollado, y como cierre del presente trabajo, corresponde responder las preguntas que anteceden.

- El arbitraje sí está sujeto a control constitucional, puesto que en el Estado constitucional de derecho debe prevalecer la supremacía constitucional y no hay áreas exentas de control. Precisamos, sin embargo, que en materia de control constitucional (ejercida directamente por cortes constitucionales o con ocasión del control judicial ejercido por cortes ordinarias) se requiere una ponderación entre la defensa de la autonomía privada y el reconocimiento a la tutela procesal.

- Habiendo considerado que la naturaleza judicial del arbitraje es mixta (indiscutiblemente contractual en su origen y jurisdiccional en sus efectos), el ejercicio del control constitucional debe partir del reconocimiento de la autonomía privada y su valoración prioritaria. No obstante, ejerciendo los árbitros una función jurisdic-

cional, el proceso seguido, sometido al libre albedrío y a la flexibilidad que lo caracteriza, debe respetar aspectos fundamentales del debido proceso (defensa, bilateralidad, igualdad de armas). Otros aspectos como la motivación del laudo son en nuestro concepto, perfectamente prescindibles y no debieran ser materia de control. De hecho, la instancia única, constituye una opción absolutamente válida, en ejercicio de la libertad.

- La procedencia o no de una acción de amparo (o de tutela) como vía procesal para el ejercicio de ese control constitucional no es uniforme en todas las legislaciones. De hecho, el amparo es excepcional en la legislación peruana (limitado en la actualidad a tres supuestos establecidos por el Tribunal Constitucional); la acción de tutela procede en Colombia aun en forma paralela al recurso de anulación y el amparo no es procedente en las legislaciones mexicana, argentina y española. Consideramos que la tesis restrictiva peruana es la más adecuada.

- Señalamos, sin embargo, que las acciones ordinarias de anulación de laudo e incluso la potestad de control judicial con ocasión de la ejecución de un laudo, son también mecanismos procesales a través de los cuales debe ejercerse control constitucional, evaluando esencialmente, los alcances de la manifestación voluntad que dio origen al arbitraje y el cumplimiento de los requisitos del debido proceso. En tal virtud, para efectos de este trabajo nos interesa destacar y relievar el ejercicio del control constitucional, señalando de manera expresa que cuando los jueces ordinarios ejercen la función de control respecto de los aspectos formales del laudo (y siempre respecto de la autonomía de la voluntad y el debido proceso) están ejerciendo, en determinadas circunstancias, control constitucional.

- En algunas legislaciones se señala de manera expresa que la vulneración al orden público está expresamente contemplada

como causal de anulación y en otras no lo está, como es el caso de la ley peruana. No obstante, estimamos que, tratándose de un principio constitucional que tiene que ver con las bases morales del ordenamiento jurídico de la nación, su vulneración no es admisible. En tal sentido, en el caso peruano, en aplicación de la duodécima disposición complementaria, corresponde ejercer el control respectivo. Consideramos, sin embargo, que resultaría mejor, consagrar la norma respectiva que habilite, de manera expresa, la anulación de laudos en caso de vulneración del orden público. Este cambio legislativo sería, además, coincidente con la orientación que brinda la Ley Modelo Uncitral.

- Con ocasión del control constitucional, se examina desde una perspectiva constitucional la autonomía privada. En ese sentido, por ejemplo, en materia arbitral, está prohibido someter a arbitraje materias que no son de libre disponibilidad. De la misma manera, la actuación del tribunal arbitral está sujeta a los límites que le impone el convenio arbitral, expresión de la citada autonomía de la voluntad. Lo que no podría ninguna autoridad es pretender sustituir esa voluntad, pues esa es una garantía institucional de constituciones que consagran un régimen de libertades. Así, el primer alcance del control constitucional debe versar sobre el respeto a lo pactado por las partes, plasmado en el convenio arbitral que da origen al arbitraje. Esta tesis defiende esa orientación privatista, discrepando de la orientación publicista que señala que el arbitraje existe porque tiene reconocimiento constitucional.

- De otro lado, el control constitucional alcanza los efectos jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales del arbitraje. En ese aspecto, *el control constitucional vela por el respeto a la tutela procesal efectiva, al debido proceso y a la interdicción de toda forma de arbitrariedad*. Sin embargo, atendiendo a la naturaleza dual del arbitraje y a su recono-

cimiento como institución de origen privado, el control constitucional no puede desconocer las peculiaridades de un proceso forjado por las partes en ejercicio de su libertad y que, en razón de ese ejercicio puede consagrar, por pacto expreso, características propias y diferenciadas del proceso judicial. Así, la ausencia de motivación, la renuncia a la interposición de ciertos acciones impugnatorias (como la acción de anulación) o la exigencia de ciertas condiciones para su interposición (por ejemplo la conciliación anterior al arbitraje) son características singulares que no vulneran el orden público. Son, por ende, prescindibles y no pueden ser desconocidas, al tiempo de ejercerse el control. Otros aspectos como el derecho de defensa, la bilateralidad, la igualdad de armas, el derecho a probar son, por el contrario, derechos indisponibles, pues garantizan la idoneidad del proceso para resolver la controversia. Su carácter privado no lo libera de esas exigencias.

- Lo expuesto en las consideraciones que anteceden es perfectamente invocable respecto del arbitraje internacional comercial, vale decir, del arbitraje entre particulares donde median factores internacionales en razón de los sujetos involucrados o el objeto de la pretensión a ser resuelta. Algunas legislaciones, la peruana entre ellas, permiten la renuncia a la acción de anulación. Otras legislaciones estiman que ello no es factible, puesto que, precisamente, en razón de la naturaleza jurisdiccional, el arbitraje internacional debe siempre ser pasible de control por el Poder Judicial. Frente a esta tesis, habría que señalar que, en efecto, siempre hay una posibilidad de control, pero esta se traslada al proceso de ejecución, donde el juez encargado de la ejecución puede negarse, conforme a la Convención de Nueva York a ordenar la ejecución de un laudo que considera vulneratorio del orden público internacional. En ese sentido, compartimos válida la tendencia doctrinaria que propugna la concentración del control en la ejecución y que incluso admite la ejecución de un laudo en un

determinado Estado, pese a que en la sede del arbitraje se hubiera anulado.

- Ha sido un tema altamente cuestionable la invocación del orden público nacional y el control de constitucionalidad para desconocer los efectos de arbitrajes de inversión a los que un Estado soberanamente se ha sometido. El caso argentino frente a laudos que reconocían la deuda derivada de los bonos no es un precedente que deba ser avalado ni seguido. Esa tesis equivocadamente nacionalista supone un desmedro de la voluntad expresada por un Estado al suscribir un tratado de inversión y anteladamente aceptar que el inversionista tendrá derecho a recurrir a una instancia arbitral foránea, multilateral o incluso carente de ubicación específica (el arbitraje deslocalizado) para que resuelva la controversia que afecta su inversión.

- Siendo la supremacía constitucional un valor a conservar en el Estado constitucional de derecho, consideramos que los árbitros, pueden y deben ejercer control constitucional difuso cuando obligados a resolver una materia y aplicar una determinada norma, adviertan su inconstitucionalidad. En el ejercicio de esa atribución estimamos que los límites establecidos por el TC resultan razonables: «Solo podrá ejercerse el control difuso de constitucionalidad sobre una norma aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral, siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución y además, se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes».

- Ratificamos que el control constitucional respecto del arbitraje responde *al control sobre actos privados* (y el arbitraje lo es porque nace de la autonomía privada y se ejerce por particulares que asumen por encargo de las partes la tarea de resolver la controversia)

y *al control sobre el debido proceso* (que es de indispensable cumplimiento para lograr que la decisión que se adopte tenga los efectos plenos de la cosa juzgada). Reiteramos, sin embargo, que ese control tiene límites precisos, pues en ningún caso puede pronunciarse sobre el fondo de la controversia resuelta y debe limitarse a analizar si el hecho denunciado, en efecto, vulnera o no la voluntad de las partes y las garantías fundamentales del debido proceso, configurado, a su vez, por la invocada libre voluntad de las partes. Se destaca en la jurisprudencia comparada decisiones del Tribunal Constitucional Español dictadas en los últimos tiempos: (i) la STC 46/20 del 23 de junio del 2020, la misma que *amparó* por considerar que vulneraba el derecho a la tutela efectiva de derechos, el desistimiento presentado en un proceso de anulación incoado por la parte vencida en un proceso arbitral. La justicia ordinaria había considerado que una vez iniciado el proceso de anulación no cabía desistimiento puesto que los tribunales ordinarios ejercían una función de control de orden público; y (ii) la STC recaída en el amparo n.º 3956-2018 del 15 de febrero de 2021, declaró igualmente la nulidad de la decisión de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que había considerado insuficiente la motivación en un arbitraje de equidad y por tanto, una vulneración al orden público. En ambos casos, el TCE ha realizado un adecuado control de decisiones judiciales, ponderando y defendiendo la importancia de la autonomía privada en el ámbito arbitral y estableciendo parámetros de motivación diferenciados en el proceso arbitral y judicial.

- Finalmente, frente a la experiencia peruana de burdos fraudes a través del arbitraje o de probados actos de corrupción desde la suscripción del convenio arbitral hasta la ejecución del laudo consideramos que puede ejercerse control por los propios árbitros, control constitucional con ocasión de procesos de anulación o ejecución o a través de procesos de amparo si, por ejem-

plo, el agotamiento de la vía ordinaria puede generar irreparabilidad y, finalmente, en los procesos de ejecución de laudo, pudiéndose negar su ejecución (lo que supone negarle eficacia). En todos esos supuestos, en nuestro concepto, se vulnera el orden público (o las buenas costumbres), principio que tiene contenido constitucional. En materia de arbitraje internacional compartimos las apreciaciones de la jurisprudencia en el sentido de que el fraude y/o la corrupción vulneran el orden público internacional y, por ende, esos procesos arbitrales y los laudos que puedan dictarse en esos supuestos son inejecutables.

7. BIBLIOGRAFÍA

ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. «Apuntes sobre el debido proceso en el arbitraje: la anulación de laudo y el proceso de amparo». En *Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007*. Lima: Palestra, 2008.

AYALA MOLINA, Alberto Fabian. El *arbitraje, ¿es realmente una jurisdicción?* Recuperado de <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/arbitraje/Fabian-Ayala-El-Arbitraje.pdf>.

BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer International Law, 2009.

BULLARD, 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 <https://xperta.legis.co/visor/rarbitraje/rarbitraje_e87e27291891023 6e0430a0101510236/revista-internacional-de-arbitraje/%c2%bfque-fue-primero%3a-el-huevo-o-la-gallina%3f-el-caracter-contractual-del-recurso-de-anulacion>.

CANTUARIAS, Fernando y José Luis REPETTO. «La naturaleza jurídica del arbitraje». En Forseti, Revista de Derecho, 2014, n.º 1 (Arbitraje internacional). Recuperado de <http://forseti.pe/media_forseti/revistas/Arbitraje_Internacional.pdf >.

CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. «Arbitraje: naturaleza y definición». En *Derecho PUCP,* 2006, n.º 59, pp. 273-284. Recuperado de <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200601.012>.

CREMADES, Bernardo M. «El arbitraje en la doctrina constitucional española». En *Lima Arbitration*, 2006, n.º 1. Recuperado de <https://www.yumpu.com/es/document/read/45291937/el-arbitraje-en-la-doctrina-constitucional-espanola-lima-arbitration>.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *El arbitraje al derecho y al revés*. Lima: Palestra, 2020.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje. Homenaje a don Raúl Medina Mora*. Recuperado de **<**http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/SOBRE%20LA%20NAT%20JDCA%20ARBITRAJE%20Hom%20%20Raul%20Medina.pdf>.

JUAREZ JURADO, Eder. *Constitucionalización y control constitucional del arbitraje en el Estado constitucional***.** Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Peru, Lima, 2015.

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. «Los precedentes del Tribunal Constitucional en el arbitraje». En *Giuristi Revista de Derecho Corporativo*, enero-junio 2020, n.º 1, vol. 1.

LOUTAYF RANEA, Roberto y Ernesto SOLA. «Jurisdicción arbitral . Naturaleza jurídica». En *Revista de Derecho Procesal*, 2014, n.º 2,

Jurisdicción y competencia - I, pp. 401/448. Recuperado de <http://secretarias.unc.edu.ar/academ/doctrina/jurisdiccion-arbitral.-naturaleza-juridica>.

MONROY PALACIOS, Juan José**. «**Arbitraje, jurisdicción y proceso». En *Arbitraje On Line*, 2006, n.º 7, año IV.

PÉREZ SOLANO, Jimmy Antonio. «El concepto y naturaleza del arbitraje comercial en el ordenamiento jurídico colombiano». En *Justicia*, julio-diciembre 2017, n.º 32, vol. 22. Recuperado de <https://doi.org/10.17081/just.22.32.2917>.

REY VALLEJO, Pablo. «El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en Latinoamérica: un estudio sobre formalización y judicialización». En *Vniversitas*, enero-junio de 2013, n.º 126.

QUIROGA, Aníbal. *La naturaleza procesal del arbitraje*. Lima: Palestra - Estudio Mario Castillo Freyre, 2017.

SALCEDO FLÓREZ, Álvaro. «En torno a la naturaleza jurídica del arbitraje». En *Revista Análisis Internacional*, 2010, n.º 2, pp. 147-154. Recuperado de <https://revistas.utadeo.edu.co/index.php/RAI/article/view/21>.

VERA CACHO, Giuseppi. «Consideraciones generales acerca del arbitraje». En *Ius Et Praxis*, 2013, n.º 44. Recuperado de <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/article/viewFile/73/56>.

LAS INSTITUCIONES ARBITRALES, UN EJERCICIO ÉTICO

Ludovina Villanueva [*]

Sumario: 1. La ética, su resignificación frente a los nuevos conceptos.— 2. La dimensión ética: una continua construcción.— 3. Las instituciones arbitrales, la práctica de la ética.— 4. Bibliografía.

1. LA ÉTICA, SU RESIGNIFICACIÓN FRENTE A LOS NUEVOS CONCEPTOS

La velocidad de estos «tiempos posmodernos» hace que, de pronto, aparezcan ante nosotros con el aura de la inmediatez y la celeridad de la posindustrialización en red, pero sin resolver la paradoja que representan. Mientras el auge de la globalización económica y de la tecnologización cultural nos obligan a tener que aceptar la posibilidad de asumir la existencia de nuevos conceptos, los mismos que parecieran haber surgido de una novela de ciencia ficción (como, por ejemplo, la idea de la poshumanidad, la existencia de la biogenética, o las funciones y los alcances de la nanotecnología) con el propósito de explicarnos el funcio-

[*] Máster en Investigación en Ciencias Jurídicas por la Universidad Abat Oliva CEU - Barcelona. Abogada por la Universidad Católica Santa María de Arequipa. Con experiencia en derecho corporativo y empresarial. Fue presidenta de la Comisión de la Oficina Regional de Indecopi - Arequipa. Miembro de Comisión Académica en la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial - CIAC. Docente de Arbitraje y Contratos Modernos en la Universidad Católica San Pablo - Arequipa. Secretaria general del Centro de Arbitraje CCIA. Autora del libro *Limitaciones en las facultades de los árbitros*.

namiento en los distintos niveles de realidad en los que interactúan dentro de un probable «nuevo orden mundial», no el diseñado para instaurar un «gobierno único» que sería controlado por élites, sino aquel que implicará el cambio de viejos paradigmas. Vemos, también, que simultáneamente asistimos al «desconfinamiento» de una serie de conceptos que después de haber sido considerados meras antiguallas reaccionarias hoy parecen haber sido redescubiertos como los fundamentos que podrían explicar nuestra propia sobrevivencia sea como «especie» y también como civilización, en un tiempo tan incierto que ya no hay referentes claros, solo referencias, muchas de ellas surgidas a través del diálogo con los grandes espíritus del pasado.

Si bien al principiar este siglo, para el filósofo Edgar Morín,[1] «los motores del desarrollo en la ciencia, la técnica, la economía, el provecho están sin ningún control ético», hoy resulta cada vez más común, por ejemplo, que los agentes económicos por la unificación de los mercados, la integración de las economías y teniendo como objetivo la *utopía* de alcanzar un desarrollo uniforme, ofrezcan «normas de buena conducta» de sus funcionarios antes que mostrar las bondades de sus productos, así como la implementación de buenas prácticas comerciales, la transparencia y el respeto al inversionista, independencia de los directivos, la responsabilidad social empresarial —en general, el buen gobierno corporativo—, todas, al parecer, como sinónimos de *ética*, pero también, y sobre todo, como sobrevivencia empresarial. En ese devenir advertimos que, paulatinamente, la *palabra* ética ha terminado por convertirse en el botón mágico o el tótem que permitirá consolidar relaciones económicas, políticas y otras que, a fin de cuentas, apuntarían al desarrollo sostenible para las futuras generaciones. Sin embargo, creemos legítimo preguntarnos, a la luz de las reflexiones de Roberto R. Aramayo:[2] ¿será

1 MORIN, Edgar. *Ética y globalización. Conferencia dictada en el marco del Seminario Internacional "Los Desafíos Eticos del Desarrollo", Buenos Aires, 5 y 6 de septiembre de 2002*. Recuperado de <http://urbeetius.org/wp-content/uploads/news21_morin.pdf>.

2 ARAMAYO, Roberto. «¿Banalizamos la ética?». En *The Conversation*, 3 de marzo de 2021. Recuperado de <https://theconversation.com/banalizamos-la-etica-156393>.

que la palabra ética está de moda?; ¿tal vez se habrá banalizado? Al respecto el filósofo español considera que:

> Se diría que la palabra ética está de moda y tiene un uso inflacionario tendente al abuso. Se invoca su nombre a todas horas, como si fuera una especie de conjuro y bastara mencionarla para tenerla entre nosotros. Nada más lejos de la realidad.
>
> Su omnipresencia en los medios de comunicación y en los giros coloquiales cotidianos muestran justamente que a lo peor brilla más bien por su ausencia. Parece que se la echa de menos, y esa sería la razón de ponerla como adjetivo a cuánto se nos antoje, a modo de mantra, en lugar de tenerla por el objetivo a perseguir como guía de nuestro obrar en general.

Siguiendo al mismo Aramayo, si en realidad se le rindiera un *verdadero* culto a la ética, no sería necesario mencionarla a cada momento, por cuanto se daría por sentado que, por su condición primordial, es la que preside las pautas de nuestra conducta y moldea nuestro comportamiento en cualquier ámbito donde actuemos. En ese sentido, la ética no tendría que comprenderse como un «manual de principios» que *debe* desarrollarse en nuestro proceder sino, más bien, como una forma de estar en el mundo, una que es capaz de conseguir, y fomentar, una armónica convivencia.

2. LA DIMENSIÓN ÉTICA: UNA CONTINUA CONSTRUCCIÓN

De acuerdo con Aristóteles y con la tradición griega, el término *ética* proviene por un lado de *ἦθος* (*éthos*), que significa *carácter,* y por otro lado de *ἔθος* (*êthos*) que significa hábito o costumbre. Así, para el griego, la ética corresponde a un modo de ser o carácter formado a partir de la repetición o costumbre de las acciones realizadas. La ética es la construcción del hombre sobre sí mismo cimentado en las costumbres que adquiere a través de sus acciones.

Su puesta en práctica como guía de nuestro comportamiento, consistirá en la búsqueda de una buena «manera de ser» o la «sabiduría de la acción», «la que dispone la existencia práctica según la representación del bien», tal como observa Badiou[3] en el prefacio de su *Ensayo sobre la conciencia del mal*. Más que un retorno a la vieja teoría de los deberes y derechos naturales del hombre, Baidou valiéndose de Hegel, subraya la fina distinción entre «ética» (*Sttlichkeit*) y «moralidad» (*Moralitat*) donde lo ético representa una acción *inmediata,* mientras que a la moralidad le concierne la acción *reflexiva*. Así, lo ético está en relación con «lo que pasa». La ética, en lugar de relacionarse con «categorías abstractas» (el hombre, el derecho, el otro), está intrínsecamente vinculada con «situaciones».

Al respecto, Umberto Eco[4] anota que:

> […] la dimensión ética comienza cuando entran en escena los demás. Cualquier ley, por moral o jurídica que sea, regula siempre relaciones interpersonales, incluyendo las que se establecen con quien la impone.
>
> […]
>
> Nosotros (de la misma forma que no somos capaces de vivir sin comer ni dormir) no somos capaces de comprender quién somos sin la mirada y la respuesta de los demás.

Es decir, lo ético es, o al menos debería ser, el principio que determina nuestra relación con el otro en un régimen donde nuestros deberes y responsabilidades frente a los demás (esos múltiples otros) resultan indesligables de aquellos que se tienen hacia mí. Se trata de un principio de reciprocidad donde el derecho del otro termina convirtiéndose en mi deber y no frente a un conjunto de normas y sanciones establecidas sino,

---

3 BADIOU, Alain. *La ética. Ensayo sobre la conciencia del mal.* México D. F.: Editorial Herder, 2004. Recuperado de <https://herder.com.mx/es/topic-article/alain-badiou-la-etica-ensayo-sobre-la-conciencia-del-mal>.

4 MARTINI, Carlo Maria y Umberto ECO.*¿En queé creen los que no ceeen?* Buenos Aires: Planeta Argentina, 1997.

más bien, como una legítima aspiración. De allí que Deleuze, como anota Eduardo Alberto León,[5] señale que: «la cuestión fundamental de la ética no es ¿qué debo hacer? —la pregunta de la moralidad—, sino más bien ¿qué puedo hacer o qué soy capaz de hacer? que es la cuestión correcta de una ética sin moralidad». Deleuze se vale del término *moralidad* para definir cualquier conjunto de reglas restrictivas. Lo que él denomina como ética es, más bien, el «conjunto de reglas facultativas que posibilitan evaluar lo que hacemos, decimos y pensamos», y no en función a una aspiración personal sino, más bien en una relación ética con ese otro que se base en la justicia y en esa recíproca responsabilidad para así, a través de la constante interacción, ser capaces de construir distintos escenarios, todos capaces de superar la noción aquella donde lo que resulta *distinto* es motivo de exclusión. La relación con el otro implica reconocerse recíprocamente como sujetos de interlocución en donde el diálogo, el cual incluye también las diferencias, es lo que posibilita la existencia de un espacio democrático en el cual los ciudadanos se reconocen y respetan mutuamente teniendo en cuenta, siempre que se quiera comprender cabalmente a ese otro con su particular forma de ver y comprender el mundo. «Ponerse en el lugar del otro» implica una exigencia que surge desde una elección.

Nosotros, los seres humanos, a diferencia de otras especies cuya conducta no cuenta con alternativas, vivimos con la responsabilidad de tener que elegir. Y más hoy, cuando parecemos capaces de escoger-elegir casi todo, el mercado nos condiciona. Tal vez emocionados ante tal posibilidad olvidamos que, de esta facultad, la del poder elegir, puede surgir la equivocación. Esto nos obliga a tener un criterio muy claro de elección para así reconocer qué podemos elegir y qué no. Nos obliga a ser responsables de cada elección, pensar en sus posibilidades y también en sus consecuencias, no solo para nosotros mismos, sino también para con los otros, pues nuestras decisiones a veces afectarán a sujetos que ni siquiera conocemos y menos aún identifiquemos. Esa claridad de

5 LEÓN, Eduardo Alberto. «Gilles Deleuze hacia una ética inmanente del deseo». En *Revista Filosofía UIS,* 2018, n.º 2, vol. 17, pp. 193-207.

elección surge de nuestros propios valores, aquellos que desde nuestro subconsciente constituyen (y actúan) como esa exigencia, son las que nos señalan el camino para actuar frente a los otros, eligiendo entre una buena o mala acción, entre un camino u otro.

El saber cómo debemos, aunque a veces no quisiéramos que fuera así, y solamente con el propósito de saber vivir, es lo que denominamos ética. Y es, justamente, la ética la que hace posible que mientras transcurre nuestro día a día podamos descubrir que las cosas funcionan, que están funcionando como deberían. Entonces confiamos. La confianza implica la esperanza de armonizar de forma natural las expectativas personales con las de la comunidad donde, a través de una «ética de la reciprocidad», esas expectativas de uno y otro lado devienen en un compromiso frente a las exigencias y necesidades de todos.

Cuando surge la confianza siempre está de por medio la ética. Pero ¿la ética como qué, como el regulador moral cuyo fin es justificar cada una de nuestras elecciones? No, más bien como esa secreta exigencia en nuestro modo de proceder, de actuar y, más aún, en estos tiempos donde, como observa Zygmunt Bauman,[6] se ha deslegitimado la idea del autosacrificio en el sentido de que nadie parece estar dispuesto a hacer un esfuerzo por alcanzar ideales morales ni defender (esos) valores morales. Asimismo, que:

> Vivimos en tiempos de una fuerte ambigüedad moral, que nos ofrece una libertad de elección nunca antes vista, aunque también nos lanza a un estado de incertidumbre inusitadamente agobiante. Añoramos una guía confiable para liberarnos al menos de parte del espectro de la responsabilidad de nuestras elecciones. Mas las autoridades en las que podríamos confiar están en pugna, y ninguna parece tener el suficiente poder para darnos el grado de seguridad que buscamos. En última instancia, no confiamos en ninguna autoridad, por lo menos no plenamente ni

6 BAUMAN, Zygmunt. *Ética posmoderna* (traducido por Bertha Ruiz de la Concha). Madrid: Siglo XXI, pp. IX-1-10.

> por mucho tiempo, y nos resulta inevitable sentir desconfianza de cualquiera que proclama infalibilidad. Y este es el aspecto práctico más agudo y sobresaliente de lo que con justicia se describe como la «crisis moral posmoderna.

En un panorama así, tal parece que reducir la ética a un catálogo de reglas de buena conducta y prohibiciones nos está conduciendo inexorablemente a su banalización, pudiendo observar el vaciamiento del significado de lo ético sin la menor posibilidad de una reconstrucción de su verdadero sentido para responder así a las *nuevas situaciones* que se presentan en un mundo en donde todo parece estar «interconectado».

3. LAS INSTITUCIONES ARBITRALES, LA PRÁCTICA DE LA ÉTICA

Los operadores del sistema arbitral están obligados a actuar sin prescindir de las exigencias éticas referidas, frente a ellos mismos, pero, sobre todo, ante los demás, por su condición de *intermediarios*. Su actuación es la que generará, o no, confianza y a través de ella posibilitará la construcción de relaciones duraderas, sólidas y armónicas que se verán fortalecidas más que con declaraciones contenidas en códigos de ética y de buenas prácticas —meramente declarativas— con sus propias acciones. Solo así alcanzarán los altos niveles de certitud y seguridad frente a lo que los otros esperan de ellos. Tal exigencia debe ser interiorizada por los árbitros, las partes, sus representantes y asesores; los peritos, instituciones arbitrales y cada uno de sus funcionarios; y, en general, por todos los que tienen participación activa en el proceso, de modo tal que preceda cada una de sus acciones sin necesidad de leer la cartilla de sus deberes cada vez que le fuera necesario o *conveniente*.

Con relación a las instituciones arbitrales, se puede dar cuenta que su presencia en el mundo arbitral es cada vez mayor. Los usuarios están optando por la predictibilidad que les ofrece una institución arbitral, antes que por un arbitraje *ad hoc*. En el caso peruano, más allá de que las normas sobre contrataciones con el Estado, por ejemplo, hayan fortale-

cido a las instituciones arbitrales, estimamos que obedece a la buena performance desarrollada a lo largo de estos últimos años. Ha significado revertir el número de casos llevados en el arbitraje *ad hoc*, versus los administrados en el arbitraje institucional —no tanto como quisiéramos, pero se percibe que los números han mejorado sustancialmente—. La razón del mejoramiento de esas cifras, entendemos, ha obedecido a lo indicado inicialmente, es decir, a la generación de confianza.

Hemos atestiguado que las instituciones arbitrales se esfuerzan cada día por administrar los casos con elevados estándares de calidad y eficiencia, desde la elección misma de los integrantes de sus órganos de gobierno, funcionarios y colaboradores, quienes deben reunir no solo la experticia necesaria, sino —y sobre todo— calidades y cualidades personales, hasta la tramitación de cada uno de los casos sometidos a su administración, que comienza con la recepción y evaluación de las peticiones arbitrales y que concluye con las notificaciones de las decisiones finales de los árbitros, todo bajo el paraguas de los acuerdos de las partes, sus propios reglamentos y siempre sostenidos por logística y alta tecnología. A lo largo del proceso se suscitará una cadena de acontecimientos y eventualidades que deben ser decididos por los órganos de gobierno de las instituciones arbitrales. A partir su actuación y toma de decisiones se podrá dimensionar su *temperatura,* pues es lo que les permitirá afirmarse y consolidarse, o, por el contrario, *desaparecer*.

Desde esta perspectiva, el papel que desempeñan las instituciones arbitrales muchas veces es gravitante: más allá de constituirse en gestoras, lo hacen también como «garantes» de los casos. Tal es su relevancia que a veces su actuación puede repercutir hasta en su resultado, como sucede cuando designan a los árbitros; cuando resuelven recusaciones, remociones, denuncias por infracciones a conductas éticas y otros. Por ello, es importante una conducta impecable y, cómo no, una permanentemente autoevaluación, sin perjuicio de la que los usuarios harán de ellas, lo cual permitirá que ajusten o corrijan los hiatos o fisuras que pudieran identificar. De hacerlo, tendrá como consecuencia casi natural la

fidelización no solo a la institución, sino al propio sistema arbitral. Así, las controversias futuras de los usuarios las someterán sin mayores reparos al arbitraje que, a fin de cuentas, debiera ser el objetivo último de cada uno de los operadores del sistema, esto es, la difusión para conseguir la amplificación de la práctica arbitral.

Diversas instituciones en el mundo han desarrollado códigos de buenas prácticas arbitrales, los mismos que contienen recomendaciones para que las instituciones arbitrales consigan elevados estándares internacionales y los servicios que presten se hagan de manera objetiva, sobre la base de reglamentos actualizados de acuerdo con las necesidades del tráfico comercial y reflejando la evolución de las prácticas arbitrales del mundo. Una de estas instituciones, es el Club Español de Arbitraje - CEA, cuya última versión de su Código de Buenas Prácticas Arbitrales,[7] precisa que:

> […] la experiencia internacional muestra que los usuarios del arbitraje aspiran a que todos los participantes en el proceso arbitral se atengan a estándares de independencia, imparcialidad, transparencia y profesionalidad cada vez más exigentes. Este C.BB.PP, sensible a esas nuevas exigencias, pretende elevar a partir de ahora, todavía más, los estándares de comportamiento, para así consolidar definitivamente la confianza de la sociedad en el arbitraje.

Nótese que esta nueva versión enfatiza en los «estánderes de comportamiento», esto es, con una buena «manera de ser» frente al otro o esos múltiples otros, a los que nos referíamos al inicio.

Con relación a los árbitros, el CEA considera que su elección debe obedecer a criterios objetivos, garantizando su experiencia, cualificación técnica y profesional, respetando las preferencias de las partes y los requisitos que la institución arbitral requiera. Recomienda no designar

---

7 CLUB ESPAÑOL DEL ARBITRAJE. *Código de buenas prácticas arbitrales del Club Español del Arbitraje*. 2019. Recuperado de <https://www.clubarbitraje.com/wp-content/uploads/2019/06/cbbpp-cea.pdf>.

como árbitros a ninguno de los miembros de las instituciones arbitrales, salvo que las partes de mutuo acuerdo las nombren o el Reglamento lo permita. Asimismo, que debe publicarse la lista de árbitros a quienes se les exigirá una declaración de independencia e imparcialidad. Estas recomendaciones parecen *obvias*, pero la experiencia demuestra que no necesariamente es así.

El nombramiento de los árbitros por parte de las instituciones arbitrales es de suma importancia, no solo porque el árbitro es quien debe garantizar la integridad del proceso arbitral, sino también para dar cumplimiento a las normas contenidas en sus reglamentos y directivas. Para esto, deben designar a árbitros con las calificaciones idóneas por cada caso concreto o, las acordadas por las partes, pero, sobre todo, deberán designar a árbitros que no defraudarán las expectativas de ninguno de los involucrados.

En las designaciones del árbitro se debe transparentar los criterios que norman los procesos de selección, evitando el nombramiento de quienes tengan excesiva carga de trabajo, velando porque estos tengan un desempeño correcto de sus funciones, quienes, además, deberán ser sustituidos sin ningún tipo de *complejos* en caso de impedimento o incumplimiento de sus funciones y de los reglamentos. Solo de esta manera el resultado no será cuestionado por ninguna de las partes, por lo que podría ser considerado como una *mala* elección del árbitro, más allá del resultado final.

Cuando se trata de la designación residual del árbitro, las instituciones arbitrales deben actuar con mucha transparencia y de manera singular para cada caso. Nos hemos acostumbrado a que los órganos de gobierno de las instituciones arbitrales hagan la designación en sesiones privadas, en donde se designan varios árbitros para distintos casos, cuyo resultado se da a conocer a las partes en diligencia posterior. Si bien, como se indica en sus reglamentos, la designación se hace de manera

aleatoria y atendiendo a criterios objetivos, consideramos que esta práctica no es suficiente. Para conseguir la transparencia deseada, la designación de los árbitros debiera hacerse con invitación a las partes, hoy nada impide que tal acto se haga de manera virtual, a través de cualquiera de las plataformas que la tecnología ha desarrollado y que están al servicio de las instituciones. Si bien es una prerrogativa de las instituciones arbitrales notificar las designaciones que a la interna se haga; sin embargo, no se contrapone con la posibilidad de invitarlas al acto de designación. De esta forma, las partes atestiguarán que la designación se hizo siguiendo escrupulosamente las reglas impuestas por la institución arbitral o por ellas mismas, sin perjuicio de hacer valer sus observaciones en momento posterior, pero, lo más importante, percibirán un trato personalizado y transparente.

Cierto que esta práctica pudiera resultar más onerosa, pero en ciertas ocasiones es necesario anteponer estos criterios a otros meramente económicos y rentables, más cuando, eventualmente, hasta reduciría la presentación de recusaciones en tanto las partes tendrían acceso al acto de la designación y, ahí mismo, arribarían, de ser el caso, a acuerdos con intermediación de la institución arbitral. No debemos descuidar, siguiendo a Gadamer, citado por César Maríñez Sánchez,[8] que «el arte de comprender consiste, seguramente y ante todo, en el arte de escuchar. Sin embargo, a ello hay que añadir la posibilidad de que el otro pueda tener razón».

Los árbitros, sean designados por las partes o sean designados de manera residual por las instituciones arbitrales, están obligados a revelar todas aquellas circunstancias relevantes a las partes, para zanjar y disipar cualquier duda sobre su independencia e imparcialidad, elementos que se constituyen en fundamentales para garantizar un proceso limpio y sin

8 MARÍÑEZ SÁNCHEZ, César. «El problema de la confianza desde la hermenéutica filosófica: comprendiendo sus rendimientos interpretativos en la sociedad contemporánea». En *Revista de Filosofía*, noviembre 2018, vol. 74. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-43602018000100139>.

cuestionamiento, dado que como bien lo ha establecido el fundamento décimo sétimo de la sentencia de Casación n.º 2267-2017:[9]

> el deber de revelación se constituye en una herramienta fundamental y necesaria que coadyuva a que esos criterios de imparcialidad e independencia alcancen su real dimensión y garanticen, por consiguiente, que el laudo arbitral que se emita constituya en los hechos una real y objetiva administración de justicia.

En ese sentido, si el árbitro no hubiere revelado algún hecho trascendente del que las partes tampoco hubieren dado cuenta por desconocimiento, pero que es de conocimiento de la institución arbitral, creemos que la institución está obligada a pedir al árbitro revele tal circunstancia, luego de lo cual lo pondrá inmediatamente de conocimiento de las partes, quienes, en definitiva, serán las que convaliden u observen la designación. Ello sin perjuicio del derecho de confirmación del árbitro que han establecido algunas instituciones arbitrales.

Con relación a los procedimientos de recusación, estos deben ser ágiles para contrarrestar en el menor plazo posible la incertidumbre que podría generar en las partes la conformación del tribunal arbitral y, sobre todo, para no dilatar innecesariamente el desarrollo del proceso.

Las recusaciones de los árbitros en ocasiones —cada vez más frecuentes— obedecen a estrategias dilatorias para impedir la conformación de los tribunales arbitrales o para conseguir ventajas no necesariamente lícitas, más que a hechos reales y sancionables. De ahí que, además, las instituciones arbitrales deben actuar con solidez y firmeza al

---

9 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA - SALA CIVIL TRANSITORIA. *Casación n.º 2267-2017 - Lima. Anulación de laudo arbitral (8 de mayo de 2018)*. Recuperado de <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:3-AWM-4fcfUJ:https://jurisprudencia.pj.gob.pe/jurisprudenciaweb/ServletDescarga%3Fuuid%3D67967534-763a-413e-8647-613f8dad8312%26fbclid%3DIwAR3sScBMWQJQ4f_ev0g48fG3jQm0nuuvWE5asjNkNw589pN141grRDVlMVc+&cd=11&hl=es&ct=clnk&gl=pe>.

adoptar la procedencia o no de las recusaciones, sin importar los intereses particulares y la presión que pretenda ejercerse sobre ellos —en algunos casos dejándose influenciar indirectamente por presiones mediáticas, como se observó en el Perú en los últimos años—. Las recusaciones deben ser resueltas de acuerdo a los hechos probados, con escrupulosa aplicación de la normativa vigente y garantizando que no colisione con derechos constitucionales, como la presunción de inocencia. No debe descuidarse por otra parte que, una recusación maliciosa podría ocasionar reacciones adversas del árbitro que si bien a aquel que tenga sólida formación no debiera afectarlo, sin embargo, es un escenario probable, en cuyo caso la institución arbitral deberá tomar las medidas correctivas y adecuadas, de ser necesario.

Es prioritario informar a las partes cualquier situación particular que pudiera generar dudas sobre la independencia y neutralidad de las autoridades y funcionarios de la institución arbitral; también, sobre cuáles son los servicios que ofrecen, sus procedimientos, estatutos, reglamentos, régimen y órganos de gobierno interno; las funciones de cada uno de ellos; cuáles son sus fuentes principales de financiamiento, quiénes son los que patrocinan sus actividades, etc. Las tarifas administrativas y honorarios de los árbitros deben ser siempre públicos, cuyos montos obedecerán a criterios de moderación y se ajustarán en función de la cuantía y complejidad de los asuntos a ser resueltos. Nada debe quedar oculto. No debe olvidarse que las partes muchas veces pondrán en sus manos controversias de transcendencia tal que hasta esté en juego su futuro. Por eso, es enorme la responsabilidad que las instituciones arbitrales asumen y a la que se deben.

En suma, el éxito de toda institución administradora de procesos arbitrales dependerá de la conducta ética de todos los que colaboran en ella. Deben coexistir. Son los principios éticos los que generan ese gran capital intangible que representa la confianza. Por ello, cada decisión de las instituciones arbitrales debe surgir ineludiblemente de una elección ética. Cuando falla la ética muere la confianza.

4. BIBLIOGRAFÍA

ARAMAYO, Roberto. «¿Banalizamos la ética?». En *The Conversation*, 3 de marzo de 2021. Recuperado de <https://theconversation.com/banalizamos-la-etica-156393>.

BADIOU, Alain. *La ética. Ensayo sobre la conciencia del mal.* México D. F.: Editorial Herder, 2004. Recuperado de <https://herder.com.mx/es/topic-article/alain-badiou-la-etica-ensayo-sobre-la-conciencia-del-mal>.

BAUMAN, Zygmunt. *Ética posmoderna* (traducido por Bertha Ruiz de la Concha). Madrid: Siglo XXI.

CLUB ESPAÑOL DEL ARBITRAJE. *Código de buenas prácticas arbitrales del Club Español del Arbitraje*. 2019. Recuperado de <https://www.clubarbitraje.com/wp-content/uploads/2019/06/cbbpp-cea.pdf>.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA - SALA CIVIL TRANSITORIA. *Casación n.º 2267-2017 - Lima. Anulación de laudo arbitral (8 de mayo de 2018)*. Recuperado de <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:3-AWM-4fcfUJ:https://jurisprudencia.pj.gob.pe/jurisprudenciaweb/ServletDescarga%3Fuuid%3D67967534-763a-413e-8647-613f8dad8312%26fbclid%3DIwAR3sScBMWQJQ4f_ev0g48fG3jQm0nuuvWE5asjNkNw589pN141grRDVlMVc+&cd=11&hl=es&ct=clnk&gl=pe>.

LEÓN, Eduardo Alberto. «Gilles Deleuze hacia una ética inmanente del deseo». En *Revista Filosofía UIS,* 2018, n.º 2, vol. 17, pp. 193-207.

MARÍÑEZ SÁNCHEZ, César. «El problema de la confianza desde la hermenéutica filosófica: comprendiendo sus rendimientos

interpretativos en la sociedad contemporánea». En *Revista de Filosofía*, noviembre 2018, vol. 74. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-43602018000100139>.

MARTINI, Carlo Maria y Umberto ECO.*¿En queé creen los que no ceeen?* Buenos Aires: Planeta Argentina, 1997.

MORIN, Edgar. *Ética y globalización. Conferencia dictada en el marco del Seminario Internacional "Los Desafíos Eticos del Desarrollo", Buenos Aires, 5 y 6 de septiembre de 2002*. Recuperado de <http://urbeetius.org/wp-content/uploads/news21_morin.pdf>.

LA FALTA DE DIVERSIDAD EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES Y CÓMO ENFRENTARLO

Margie-Lys Jaime [*]

Sumario: 1. Introducción.— 2. Aspectos de diversidad.— 2.1. Diversidad de género.— 2.2. Diversidad geográfica.— 2.3. Diversidad generacional.— 3. Iniciativas para promover una mayor diversidad.— 3.1. Rol de los centros de arbitraje.— 3.2. Tratados de inversión.— 3.3. Código de conducta para decisores.— 4. A manera de conclusión.— 5. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, cuando pensamos en arbitraje y en árbitros como decisores de una controversia internacional, tenemos en la mente a «hombres, blancos y viejos».[1] Esto se debe, en gran medida, a que en la gran mayoría de los casos los árbitros nombrados a nivel internacional para

[*] La autora es árbitra calificada y profesora de Derecho en la Universidad de Panamá. Cuenta con un doctorado y una maestría en Derecho de las Relaciones Económicas Internacionales, ambos por la Universidad de Paris II (Panthéon-Assas). Asimismo, ha realizado estudios de Maestría en Arbitraje y Comercio Internacional en la Universidad de Versalles, Francia, y en Negocios Internacionales y Derecho Económico con un Certificado en Derecho de la OMC en la Universidad de Georgetown, Washington, D. C. Es *fellow* del *Chartered Institute of Arbitrators* y ha sido admitida para ejercer el derecho en la República de Panamá, en el estado de Nueva York y en París.

[1] WINKLER, Matteo y Mikaël SCHINAZI. «No longer "Pale, Male, and Stale"? Approaching diversity and inclusiveness in international arbitration». En *Liber Amicorum Guillermo Aguilar Álvarez*, 2021. Recuperado de <https://ssrn.com/abstract=3776738 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3776738>, pp. 1-23.

resolver casos complejos son generalmente hombres de cierta edad y provenientes de Norteamérica o de Europa oriental.

Para el 2010, únicamente el 6,5 % de los nombradas en casos sobre la base de tratados eran mujeres. Lo que parece aún peor es que en esa época de todos los nombramientos a mujeres, el 75 % de estos correspondían únicamente a dos personas: Gabrielle Kaufmann-Kohler y Brigitte Stern.[2] En este sentido, ambas pueden considerarse como las dos mujeres pioneras en el arbitraje de inversión y las únicas dentro de los 25 más influenciadores árbitros de la época.

Con el tiempo, el porcentaje de nombramiento de mujeres ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi) ha ido en aumento, afortunadamente, pasando a un 11,4 % en el 2015 y a 19,3 % en el 2019.[3] De hecho, aunque en promedio el porcentaje de mujeres árbitros nombradas ante el Ciadi ronda en un 13 %, en el 2021, el 31 % de los nombramientos entre árbitros, conciliadores y miembros de comités *ad hoc* fueron mujeres.[4] Asimismo, en el año fiscal 2021 se logró la paridad de género en las personas nombradas por primera vez.[5]

---

2 VAN HARTEN, Gus. «The (Lack of) Women in Investment Treaty Arbitration». En *All Papers*, 2011, n.º 34. Recuperado de <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/all_papers/34>.

3 ICCA. *Report of the Cross-Institutional Task Force on Gender Diversity in Arbitral Appointments and Proceedings*. 2020. Recuperado de <https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/ICCA-Report-8-Gender-Diversity_0.pdf>, p. 17.

4 CIADI. *Carga de casos del CIADI - Estadísticas, Edición 2021-2*. 2021. Recuperado de <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Caseload%20Statistics%20Charts/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%202021-2%20Edition-SPA.pdf>, p. 30.

5 CIADI. *2021 Informe Anual*. Recuperado de <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/ICSID_AR21_Spanish_CRA_bl1_web.pdf>.

Sin duda, iniciativas como el Equal Represenation in Arbitration Pledge (ERA Pledge)[6] han colaborado a crear una mayor conciencia sobre la infrarrepresentación de las mujeres en los tribunales arbitrales internacionales y la necesidad de una mayor diversidad. Por otro lado, en el contexto del Grupo de Trabajo III de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), sobre las reformas al sistema inversionista-Estado, se ha reiterado la importancia de garantizar la diversidad geográfica, lingüística y de género, así como la representación equitativa de los distintos sistemas jurídicos y culturas, para la legitimidad del sistema.[7]

En este escrito analizaremos las razones por las cuales es importante promover una mayor diversidad en los arbitrajes de inversión, a la vez que exploraremos los distintos aspectos de diversidad. En el escrito también abordaremos las principales iniciativas para la promoción de una mayor diversidad en el arbitraje de inversión, antes de dar nuestras conclusiones.

2. ASPECTOS DE DIVERSIDAD

Existen diversos aspectos de diversidad que cobran singular importancia con el fin de incrementar la legitimidad del sistema inversionista-Estado. Los dos principales son el género y la diversidad geográfica, pero también resulta cada vez más importante la edad de los decisores.

2.1. Diversidad de género

El género es quizás el aspecto más relevante a tomar en consideración cuando se habla de diversidad. Existe una serie de factores que han

---

6 El *pledge* establece pasos concretos y prácticos que la comunidad arbitral puede y debe tomar para alcanzar estos objetivos generales, siendo la paridad completa la meta final. EQUAL REPRESENTATION IN ARBITRATION. *About the pledge*. Recuperado de <http://www.arbitrationpledge.com/about-the-pledge>.

7 CNUDMI. *Informe del grupo de trabajo III sobre la labor realizada en su 38° periodo de sesiones. A/CN.9/1004/Add.1*. 2020, p. 18.

tratado de identificarse para explicar la falta de representación de las mujeres en el arbitraje de inversión. Estos factores incluyen la falta de transparencia en el nombramiento de los árbitros, así como los sesgos inconscientes en favor de los hombres y una falta de visibilidad de las potenciales mujeres que pudieran fungir como árbitros.[8] El problema viene siendo exacerbado por el hecho de que los árbitros tienden a ser nombrados de entre los socios de las grandes firmas de abogados, académicos y exjueces, en donde también existe una gran brecha de género.

Lo sorprendente es que, aunque pareciera que cada vez se gradúan más mujeres que hombres en las facultades de derecho de las universidades a nivel mundial, el número de mujeres va disminuyendo en las posiciones de poder dentro de las firmas de abogados. Esto sin contar que, en promedio, las mujeres ganan menos que la media de los hombres estando en la misma posición profesional.[9] Las razones por las cuales se produce esta brecha pueden ser múltiples, incluyendo la falta de modelos femeninos a seguir, diferencias de ingresos entre cónyuges, estereotipos de género, y dificultades para balancear entre carrera y familia.

Comentadores suelen coincidir en que la falta de diversidad de género en el arbitraje internacional es un problema que debe ser abordado. Particularmente, un aumento en el número de mujeres puede incrementar la diversidad y abrir así el grupo de árbitros. En este sentido, autores han reconocido que la representación de las mujeres es importante, no porque las mujeres necesariamente tomarían decisiones diferentes a la de los hombres; sino porque los árbitros que toman decisiones en materias de gran importancia pública, como es el caso de los arbitrajes de inversión, deberían reflejar al conglomerado al que representan.[10]

---

8 WINKLER, Matteo y Mikaël SCHINAZI. *Op. cit.*, p. 8.

9 AMERICAN BAR ASSOCIATION. *A Current Glance at Women in the Law*. 2018. Recuperado de <https://www.pbi.org/docs/default-source/default-document-library/10569_a-current-glance-at-women-in-the-law-jan-2018-(1).pdf?sfvrsn=0>.

10 VAN HARTEN, Gus *Op. cit.*

Ahora bien, otro aspecto que también habría que considerar es la cantidad en el número de nombramientos, ya que una repetición en los nombramientos no necesariamente abre el espacio a nuevos actores; por el contrario, la tendencia a la repetición en el nombramiento de las mismas mujeres puede reducir la diversidad de los nombramientos.[11] Según el reporte anual del Ciadi, en el 2019 hubo 37 nombramientos de mujeres ante el Ciadi, correspondiente a 21 personas diferentes, es decir que el 53 % de los nombramientos de mujeres fueron nombramientos repetidos. Este porcentaje se contrasta con el nombramiento de 155 hombres, correspondiente a 98 personas diferentes, es decir que aproximadamente el 37 % de los nombramientos de hombres fueron nombramientos repetidos.[12] Esta estadística muestra una tendencia a la repetición en los nombramientos, particularmente cuando se trata de mujeres, en donde el número de árbitros conocidos es menor que el de sus pares del género masculino.

Las estadísticas del Ciadi también muestran que hay una tendencia a que las mujeres sean nombradas como presidentes de tribunal más que como coárbitros. Esto quizás se deba a que en un número significativo de los casos el nombramiento del presidente de tribunal es realizado por presidente del Consejo Administrativo del Ciadi y no por las partes.[13] Asimismo, encontramos un incremento en el número de mujeres nombradas como miembros de los Comités *ad hoc*, precisamente por el rol predominante que tiene el Ciadi en estos nombramientos.

Al respecto, también creemos importante que los Estados estén conscientes de nombrar mujeres dentro de las listas de árbitros y conciliadores que envíen al Ciadi en virtud de los artículos 12 al 16 del Convenio Ciadi, ya que es de ahí donde serán nombrados los árbitros y miembros del Comité *ad ho*c por el presidente del Consejo Administrativo del Ciadi.

---

11 ICCA. *Op. cit*., p. 34.
12 *Idem*, p. 35.
13 CIADI. *Carga de casos del CIADI - Estadísticas, Edición 2021-2. Op. cit*., p. 30.

2.2. Diversidad geográfica

Un segundo aspecto que es frecuentemente discutido es la falta de diversidad geográfica de los tribunales arbitrales. De acuerdo con la encuesta realizada por el Queen Mary en el 2018, solo el 34 % de los encuestados consideraron que ha habido progresos en cuanto a la diversidad geográfica en los últimos 5 años.[14] La falta de distribución geográfica se ve reflejada en las estadísticas del Ciadi. En efecto, el 67 % de los nombramientos por región geográfica de todos los casos Ciadi corresponden a árbitros provenientes de Europa Occidental y América del Norte.[15] Esto muestra una evidente falta de diversidad geográfica en los arbitrajes de inversión.

En el marco del Grupo de Trabajo III, se ha destacado que la diversidad mejoraría la calidad de los procesos del sistema de solución de controversias inversionista-Estado, ya que las diferentes perspectivas, especialmente de diferentes culturas y niveles de desarrollo económico, podrían dar lugar a una adopción de decisiones más equilibrada.[16] En el caso en que se opte por la creación de un órgano permanente, también resultaría muy importante que se garantizara una amplia representación geográfica, así como una representación equilibrada entre países desarrollados, países en desarrollo y países menos adelantados.[17]

Las disposiciones sobre diversidad geográfica se pueden encontrar en los tratados fundacionales de cortes y tribunales internacionales. Por ejemplo, en el derecho de la Organización Mundial del Comercio (OMC), cuando se plantea una diferencia entre un país en desarrollo miembro y un país desarrollado miembro, en el grupo especial debe

---

14 QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*. Londres: White & Case, 2018. p. 18. Recuperado de <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF>.

15 CIADI. *Carga de casos del CIADI - Estadísticas, Edición 2021-2. Op. cit.*, p. 17.

16 CNUDMI. *Op. cit.*, p. 18.

17 *Idem*, p. 20.

participar, si el país en desarrollo miembro así lo solicita, por lo menos un integrante que sea nacional de un país en desarrollo miembro (párrafo 10 del artículo 8 del Entendimiento de Solución de Diferencias).[18]

Una justificación para una mayor inclusión podría basarse en la noción de representatividad: la idea de que los árbitros y los profesionales deben reflejar los diversos componentes de la sociedad. En este sentido, podemos hablar de una «justificación demográfica», en donde la representatividad es el elemento esencial para asegurar que los tribunales arbitrales sean percibidos como legítimos. Es decir que mejorar la diversidad podría servir para mejorar la confianza en el sistema e incrementar la justicia procesal.[19] Lo cierto es que existen importantes diferencias culturales dependiendo del origen de los árbitros. En efecto, un árbitro proveniente de Asia es culturalmente distinto a uno de África y de Latinoamérica.

Por otra parte, tenemos que tomar en consideración las diferencias entre los distintos sistemas legales, particularmente entre los sistemas del derecho civil continental y del derecho anglosajón (*common law*). Pero como bien manifiesta la doctrina, las personas suelen ser multifacéticas, especialmente en cuanto a su forma de decidir, lo que no puede reducirse simplemente a las regiones geográficas de donde provienen.[20] En este sentido, criterios como su educación (*civil law / common law*), entrenamiento legal y experiencia laboral, el hecho de que hayan sido nombrados más veces por inversionistas o por Estados, podrían ser elementos relevantes a la hora de definir su forma de tomar decisiones.

---

18 OMC, Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, disponible en <https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dsu_s.htm>.

19 FRANCK, Susan. «The diversity challenge: Exploring the "invisible college" of international arbitration». En *Columbia Journal of Transnational Law,* 2015, p. 496.

20 BJORKLUND, Andrea y otros. «The diversity deficit in international investment arbitration». En *Academic Forum on ISDS Concept Paper*, 2020, n.º. Recuperado de <https://www.jus.uio.no/pluricourts/english/projects/leginvest/academic-forum/papers/2020/5-diversity.pdf>.

Lo anterior también es relevante para determinar la verdadera diversidad geográfica, ya que aunque pueda haber un número que vaya en aumento de árbitros provenientes de Latinoamérica, un estudio relativamente demuestra que el 90 % de los árbitros internacionales han sido educados en países de la OCDE.[21] Es decir que aunque se trate de árbitros provenientes de Latinoamérica o de países no occidentales, estos han sido formados en países de Europa Occidental o Norteamérica. Adicionalmente, el idioma también puede ser un elemento a considerar en la diversidad geográfica, ya que muchos de los casos internacionales se manejan en el idioma inglés. Esto podría ser una limitante para árbitros hispanoparlantes que, aunque se encuentren capacitados en los temas de fondo de la disputa, no pueden conducir un arbitraje en inglés.

2.3. Diversidad generacional

De acuerdo con la encuesta del Queen Mary (2018), no existe realmente un criterio uniforme para definir el término de «joven». La mayoría de los entrevistados piensan que un árbitro menor de 40 años es comúnmente considerado como joven; sin embargo, un grupo de encuestados expresó que consideran joven un árbitro a alguien menor de 50 años de edad, particularmente a la luz de la percepción de que el promedio de los árbitros es de alrededor de 60 años.[22]

No hay duda de que los arbitrajes sobre la base de tratados de inversión envuelven disputas complejas que pueden requerir árbitros con una experiencia considerable, adquirida a lo largo de muchos años. Sin embargo, también se puede argumentar que los árbitros más jóvenes son particularmente diligentes en el desempeño de sus funciones, tal vez con la esperanza de atraer a más nombramientos en el futuro.[23] Ahora bien,

---

21 WAIBEL, Michael y Yanhui WU. «Are Arbitrators Political? Evidence from International Investment Arbitration». En *Working Paper*, 2017, p. 15. Recuperado de <http://www.yanhuiwu.com/documents/arbitrator.pdf>.

22 QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. *Op. cit.*, p. 17.

23 WINKLER, Matteo y Mikaël SCHINAZI. *Op. cit.*, p. 9.

edad y experiencia no son necesariamente incompatibles. En última instancia, lo que importa no es la edad, sino la experiencia.

Dado que el grupo principal de árbitros internacionales sigue envejeciendo, vale la pena invertir en una nueva generación de árbitros para garantizar que los conocimientos se pierdan con el tiempo.[24] La incorporación de personas más jóvenes aumenta la diversidad y la amplitud de ideas y experiencias. De ahí que resulte importante promover árbitros más jóvenes para disputas que involucren situaciones fácticas y/o legales menos complejas, con el fin de perfeccionar sus habilidades y, tarde o temprano, unirse a las filas de los más experimentados árbitros.

Por otro lado, sin embargo, también podrían darse posibles discriminaciones en relación con árbitros que ya hayan sobrepasado cierta edad, pero esto también es un aspecto sumamente subjetivo que dependerá de cada individuo en particular.[25] Ciertamente, la edad es un factor a tomar en consideración al momento de nombrar un árbitro, pero este no puede ser el único criterio o motivo de recusación. En efecto, no por el hecho de que un árbitro tenga más de 75 años significa que no es capaz de hacerle frente a sus deberes como árbitro en un caso complejo.

3. INICIATIVAS PARA PROMOVER UNA MAYOR DIVERSIDAD

Para mejorar la diversidad y la inclusión de los adjudicadores en los arbitrajes de inversión se requiere el trabajo de todas las partes interesadas, incluyendo los centros de arbitraje, las partes en disputa y los Estados que al fin y al cabo son los autores de los tratados de inversión que contienen las cláusulas de arbitraje inversionista-Estado.

Dentro de esta sección, examinaremos algunas iniciativas para promover la diversidad y la inclusión en los arbitrajes de inversión. Estas

---

24 FRANCK, Susan. *Op. cit.*, p. 495.

25 WINKLER, Matteo y Mikaël SCHINAZI. *Op. cit.*, p. 9 (explicando sobre un caso de recusación en un arbitraje CCI).

iniciativas no incluyen el supuesto en que como resultado a las discusiones del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI se establezca un tribunal permanente de apelaciones o una corte permanente de inversiones. Dentro de estos supuestos, la diversidad dependerá, sin duda, de quienes sean elegidos dentro del tribunal de apelaciones y/o del tribunal de primera instancia en el caso en que se cree una corte multilateral a dos niveles.

Como bien ha subrayado el Foro Académico en el contexto del Grupo de Trabajo III, surgen ciertas interrogantes en torno a los criterios que deberán considerarse para los nombramientos de los decisores.[26] Es decir, ¿cómo puede un tribunal permanente garantizar diversidad suficiente? De acuerdo con algunos, las alternativas al régimen actual del sistema de solución inversionista-Estado podrían ayudar a garantizar la existencia de diversidad dependiendo de quienes sean nombrados como decisores, pero también podrían hacer que la situación sea aún peor.

Un tribunal permanente multilateral, por ejemplo, podría estar lleno de tomadores de decisiones tradicionales, es decir, más de lo que ya tenemos en términos de género, edad y distribución geográfica. Al respecto, el Estatuto de la Corte Penal Internacional ofrece un ejemplo del tipo de normas que se pueden establecer para los árbitros que formen parte de un órgano permanente con el fin de garantizar una mayor diversidad.[27] En todo caso, lograr una mayor diversidad dentro de este contexto corresponde a las decisiones que tomen los Estados a la hora de nombrar a los adjudicadores que conformen el tribunal de apelaciones y/o la corte multilateral de inversiones.

---

26 BJORKLUND, Andrea y otros. *Op. cit.*

27 Para la elección de los magistrados de la Corte Penal Internacional se han establecido votaciones regionales y de género. Según estos requisitos, al menos seis magistrados deben ser mujeres y al menos seis, hombres. Ver Resolución de la Asamblea de los Estados parte, procedimiento para la presentación de candidaturas y la elección de los magistrados de la Corte Penal Internacional (ICC-ASP/3/Res.6), disponible en <https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/ICC-ASPASP3-Res-06-SPA.pdf>.

3.1. Rol de los centros de arbitraje

En los últimos años, los centros de arbitraje —y muy particularmente el Ciadi— han jugado un papel importante en la promoción de la diversidad y la inclusión, en especial en la equidad de género. En este sentido, la actualización y renovación de la base de datos de potenciales árbitros con una inclusión de mujeres árbitras resulta importante al momento del nombramiento por los centros de arbitraje.

En el caso del Ciadi, un aumento del número de mujeres árbitros puede evidenciarse a través del incremento en el nombramiento de árbitros únicos, presidente del tribunal y/o miembros del comité *ad hoc* realizado por el presidente del Consejo Administrativo del Ciadi. Pero como ya manifestamos, al menos en el caso del Ciadi, resulta también importante el rol de los Estados, que son los que proponen los nombres en el registro de los árbitros y conciliadores.[28]

Por otro lado, el establecimiento de centros de arbitrajes regionales, como es el caso de las oficinas de la CCI en Brasil, Hong Kong, Singapur, Abu Dabi y Nueva York puede promover el nombramiento de árbitros locales, ampliando la diversidad en los nombramientos. Por supuesto, el hecho de que existan oficinas regionales no garantiza necesariamente el nombramiento de árbitros locales, pudiendo influenciar otros aspectos como su formación académica y experiencia.

La publicación de la lista de árbitros y del número de sus nombramientos puede también promover la diversidad en los arbitrajes de inversión. Particularmente, el análisis de la data publicada por los centros de arbitraje puede ser relevante para evaluar la evolución de la participación de las mujeres y el incremento de la diversidad a través del

[28] El Convenio del Ciadi faculta a cada Estado miembro a designar hasta cuatro personas para la lista de árbitros y hasta cuatro personas para la lista de conciliadores (artículos 12 a 16 del Convenio del Ciadi). Asimismo, el presidente del Consejo Administrativo del Ciadi puede designar hasta diez personas para cada lista.

tiempo.[29] Reconociendo la importancia de contar con una base de datos, nace Arbitrator Intelligence como un proyecto sin fines de lucro con el fin de proveer información sobre la toma de decisiones pasadas de los árbitros, para permitir a los usuarios tomar decisiones más informadas sobre la selección de los árbitros.[30]

3.2. Tratados de inversión

Los tratados de inversión también tienen la posibilidad de promover diversidad e inclusión. Tratados recientes como el Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre Canadá y la Unión Europea, establecen requisitos sobre diversidad geográfica para el nombramiento de los miembros de la corte de inversiones. De conformidad con el artículo 8.27 del CETA, la corte estará compuesta por quince miembros, de los cuales cinco de los miembros serán nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea, cinco deberán ser nacionales de Canadá y cinco deberán ser nacionales de terceros países.

No obstante, la lista de árbitros para los arbitrajes Estado-Estado, dentro del contexto del CETA, demuestra las limitaciones a la diversidad que pueden operar en la práctica. En efecto, de los seis árbitros que nombró Canadá, tres son mujeres, mientras que de los cinco árbitros nombrados por la Unión Europea, solo uno es una mujer; asimismo, los seis neutrales nombrados para actuar como presidentes, son hombres.[31] Más aún, si bien se trata de personas muy capaces para conformar la lista de árbitros, no deja cabida a nuevos participantes.

---

29 HERRADA SÁNCHEZ, Tatiana. «¿Más mujeres árbitros? La equidad de género en los tribunales arbitrales». En *Themis-Revista de Derecho*, 2020, n.º 77. Recuperado de <https://doi.org/10.18800/themis.202001.030>, p. 542.

30 Ver ROGERS, Catherine. «Arbitrator Intelligence: The Basics». En *Kluwer Arbitration Blog*, 27 de febrero del 2018. Recuperado de <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/02/27/ai-3/>.

31 Decisión (UE) 2019/2246 del Consejo sobre la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Comité Mixto del CETA por lo que respecta a la adopción de la lista de árbitros de conformidad con el artículo 29.8 del Acuerdo, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019D2246&from=EN>.

De forma similar si vemos la lista de árbitros para los arbitrajes Estados-Estados nombrados en el marco del TLC entre la UE y Japón, podemos comprobar las mismas dificultades: de los cuatro nombramientos realizados por la UE, dos son mujeres, mientras que los seis árbitros nombrados por Japón son todos hombres. Asimismo, de los seis árbitros nombrados para presidentes de tribunal solo dos son mujeres.[32]

El TLC entre la UE y Vietnam también establece consideraciones de diversidad en términos de nacionalidad de los adjudicadores. Concretamente, el tratado establece que deberá conformarse una lista de al menos 15 individuos, y que la lista estará compuesta de 3 sublistas, la primera propuesta por la UE, la segunda por Vietnam y la tercera conformada por árbitros que no sean nacionales de ninguna de las partes y no tengan residencia permanente en ninguna de las partes y quién actuará como presidente del panel de arbitraje (artículo 15.23). Pese a la intención de garantizar la diversidad geográfica, la inclusión no está garantizada y todo dependerá de los nombramientos que realicen los Estados.

Más aún, en estos nombramientos puede darse algunos sesgos inconscientes (*unconscious bias*) en favor de árbitros experimentados (en su gran mayoría hombres), pero que no permiten ampliar la diversidad de árbitros. Adicionalmente, también podríamos hablar de la existencia de un sesgo sistémico (*systemic bias*) cuando se presentan sesgos cognitivos y culturales que llevan sistemáticamente a la elección de cierto tipo de árbitros. Como bien señala un autor, los sesgos sistémicos están procesalmente diseñados para favorecer la selección y el nombramiento de tomadores de decisiones que compartan valores y actitudes similares,

[32] Anexo de la Decisión del Consejo sobre la posición que se ha de adoptar en nombre de la Unión en el Comité Mixto creado por el Acuerdo entre la Unión Europea y Japón relativo a una Asociación Económica, en relación con la adopción de la Lista de Árbitro, COM(2019) 313 final, Bruselas, 3 de julio de 2019.

y quién naturalmente favorecerá ciertas interpretaciones y resultados legales o ciertos grupos de litigantes.[33]

3.3. Código de conducta para decisores

Desde muy temprano, el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI identificó la necesidad de abordar las preocupaciones existentes sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros encargados de decidir las controversias inversionista-Estado y los miembros del comité *ad hoc*.[34] El *Proyecto de Código de conducta para decisores en controversias internacionales relativas a inversiones* constituye una de las múltiples posibles soluciones de reforma del sistema de solución de controversias inversionista-Estado.

Su contenido fue preparado por la Secretaría del Ciadi en conjunto con la Secretaría de la CNUDMI a partir de un examen comparado de las normas que figuran en los códigos de conducta de los tratados de inversión, los reglamentos de arbitraje aplicables a los arbitrajes en materia de inversión (particularmente, el Ciadi), y los códigos de conducta de los órganos jurisdiccionales internacionales.[35]

Al momento de redactar este artículo, el Grupo de Trabajo III está analizando la tercera versión del código de conducta. Parte de la discusión se ha centrado en el ámbito de aplicación del código y su relación con los códigos de conducta que pudieran aplicarse por el tratado de inversión. En este sentido, se entiende que el código de conducta se aplicará salvo en lo que sea modificado por las obligaciones éticas contenidas en el tratado de inversión aplicable.

---

33 BREKOULAKIS, Stravos. «Systemic Bias and the Institution of International Arbitration: A New Approach to Arbitral Decision-Making». En *Journal of International Dispute Settlement*, 2013, n.º 3, vol. 4, p. 561.

34 CNUDMI. *Informe del grupo de trabajo III sobre la labor realizada en su 36° periodo de sesiones, A/CN.9/964*. 2019, p. 74.

35 CNUDMI. *Posible reforma del Sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE). A/CN.9/WG.III/WP.209*. 2021, p. 2. Recuperado de <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.209>.

Uno de los aspectos más controversiales es quizás lo relacionado al límite respecto de la multiplicidad de funciones. Específicamente, la norma trata de abordar una de las preocupaciones discutidas por el Grupo de Trabajo III, y que guarda relación con la posibilidad de que un árbitro funja al mismo tiempo como experto o abogado de parte en otro arbitraje de inversión. Esta situación ha sido identificada por la doctrina como un problema en la medida que el árbitro establece un precedente que afecte a otro caso en el cual el árbitro actúa como abogado de parte.[36]

Frente a esta problemática, la Secretaría de la CNUDMI ha planteado tres alternativas a ser discutidas por el Grupo de Trabajo III. La primera alternativa consiste en prohibir totalmente la posibilidad de la multiplicidad de funciones (prohibición completa); la segunda, en una prohibición modificada en donde un decisor que intervenga en un caso de inversiones no puede actuar como abogado de parte o perito en otro caso que implique, por ejemplo, las mismas medidas, las mismas partes litigantes, o el mismo tratado de inversión; y la tercera, en donde la cuestión del ejercicio de dos funciones es abordado desde el punto de vista de la revelación completa de información sobre las funciones que se ejercieran simultáneamente.[37]

Más que una prohibición completa, pareciese que el Grupo de Trabajo III se inclina por una combinación entre la segunda y la tercera alternativa propuesta por el Ciadi y la Secretaría de la CNUDMI. Es decir, una prohibición limitada a ciertas circunstancias previamente establecidas por el código, acompañada de un sólido deber de revelación.

---

36 ROGERS, Catherine. *Ethics in International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 319. Ver también JAIME, Margie-Lys. «Shifting sands: new trends on ethics regulation of arbitrators in Investor-State Dispute Settlement». En *World Arbitration & Mediation Review,* 2016, n.º 3, vol. 10, pp. 383-405; y LANGFORD, Malcom y otros. The Revolving Door in International Investment Arbitration. *Journal of International Economic Law,* 2017, n.º 0. pp. 301-331 (analizando el mapeo de los diferentes actores en el sistema y resaltando que la apariencia de parcialidad que puede darse dentro de este contexto no es simplemente hipotético).

37 CNUDMI. *Posible reforma del Sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE). Op. cit.,* pp. 8-9.

Esta opción logra los objetivos de una prohibición, pero con menos consecuencias negativas para la diversidad y la libertad que tienen las partes en disputa para seleccionar a un decisor.

La limitación de roles es una de las disposiciones que podría entrar en conflicto con alguna disposición del tratado como es el caso, por ejemplo, del CETA, el cual incluye una prohibición del árbitro para actuar como abogado de parte, experto o testigo, en cualquier caso, pendiente o nuevo bajo cualquier tratado de inversión. Al respecto, se aplicaría, lógicamente, la disposición en el tratado por encima de la disposición del Código, salvo que las partes en disputa acuerden lo contrario.

Lo cierto es que aquellos que suelen tener múltiples roles en los arbitrajes son árbitros de una gran trayectoria profesional; esto, si bien no necesariamente es algo perjudicial para el sistema, sí limita la entrada de nuevos actores, a la vez que crea una percepción de sesgo y de falta de imparcialidad e independencia, lo que finalmente afecta la legitimidad de la decisión adoptada por el árbitro y, por ende, del sistema.

4. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La falta de diversidad en los arbitrajes inversionista-Estado es una problemática palpable y de vieja data. En la última década se ha visto progresivamente un incremento en el número de mujeres árbitros; sin embargo, todavía falta mucho por recorrer para lograr una verdadera diversidad que incluya no solamente la paridad de árbitros mujeres, sino también árbitros provenientes de países en desarrollo y nuevos árbitros, mujeres y hombres, que puedan contribuir a la legitimidad del sistema.

Las discusiones que se llevan a cabo en el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI son una herramienta clave para la impulsión de iniciativas como el código de conducta para decisores en controversias internacionales relativas a inversiones, tendientes a crear una mayor

diversidad entre los decisores llamados a resolver la controversia, a la vez que coadyuvan a la legitimidad del sistema de solución de controversias inversionista-Estado; legitimidad que se ha visto tan golpeada a lo largo de los años, entre otras cosas, por la percepción de falta de independencia e imparcialidad de los árbitros.

Adicionalmente a las discusiones del Grupo de Trabajo III, se hace necesario un rol activo de todos los actores del arbitraje, incluyendo los centros de arbitraje, con el fin de lograr una mayor diversidad en los nombramientos. Pero, sin duda, el rol principal lo tienen las partes y, por ende, los abogados de parte, quienes son los que en primera instancia tienen el poder de decidir sobre el nombramiento de los árbitros. Esperamos que este escrito sirva para abrir el diálogo sobre el tema, y motive a otros colegas a lograr la diversidad que todos queremos y necesitamos para garantizar la legitimidad del sistema.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMERICAN BAR ASSOCIATION. *A Current Glance at Women in the Law*. 2018. Recuperado de <https://www.pbi.org/docs/default-source/default-document-library/10569_a-current-glance-at-women-in-the-law-jan-2018-(1).pdf?sfvrsn=0>.

BJORKLUND, Andrea y otros. «The diversity deficit in international investment arbitration». En *Academic Forum on ISDS Concept Paper*, 2020, n.º. Recuperado de <https://www.jus.uio.no/pluricourts/english/projects/leginvest/academic-forum/papers/2020/5-diversity.pdf>.

BREKOULAKIS, Stravos. «Systemic Bias and the Institution of International Arbitration: A New Approach to Arbitral Decision-Making». En *Journal of International Dispute Settlement*, 2013, n.º 3, vol. 4, pp. 553-585.

CIADI. *2021 Informe Anual*. Recuperado de <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/ICSID_AR21_Spanish_CRA_bl1_web.pdf>

CIADI. *Carga de casos del CIADI - Estadísticas, Edición 2021-2*. 2021. Recuperado de <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Caseload%20Statistics%20Charts/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%202021-2%20Edition-SPA.pdf>

CNUDMI. *Informe del grupo de trabajo III sobre la labor realizada en su 35° periodo de sesiones, A/CN.9/935*. 2018.

CNUDMI. *Informe del grupo de trabajo III sobre la labor realizada en su 36° periodo de sesiones, A/CN.9/964*. 2019.

CNUDMI. *Informe del grupo de trabajo III sobre la labor realizada en su 38° periodo de sesiones. A/CN.9/1004/Add.1*. 2020.

CNUDMI. *Informe del grupo de trabajo III sobre la labor realizada en su 40° periodo de sesiones, A/CN.9/1050*. 2021.

CNUDMI. *Posible reforma del Sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE). A/CN.9/WG.III/WP.209*. 2021, p. 2. Recuperado de <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.209>.

DAVIS, Benjamin. «American Diversity in International Arbitration». En *Fordham Law Review*, 2020, n.º 6, vol. 88. Recuperado de <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5663&context=flr>.

EQUAL REPRESENTATION IN ARBITRATION. *About the pledge*. Recuperado de <http://www.arbitrationpledge.com/about-the-pledge>.

FACH, Katia. *Diversidad y género en el arbitraje internacional: entre los hechos y los anhelos*. 2017. Recuperado de <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2982604>.

FRANCK, Susan. «The diversity challenge: Exploring the "invisible college" of international arbitration». En *Columbia Journal of Transnational Law,* 2015, pp. 429-506.

HERRADA SÁNCHEZ, Tatiana. «¿Más mujeres árbitros? La equidad de género en los tribunales arbitrales». En *Themis-Revista de Derecho*, 2020, n.º 77, pp. 531-545. Recuperado de <https://doi.org/10.18800/themis.202001.030>.

ICCA. *Report of the Cross-Institutional Task Force on Gender Diversity in Arbitral Appointments and Proceedings*. 2020. Recuperado de <https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/ICCA-Report-8-Gender-Diversity_0.pdf>.

JAIME, Margie-Lys. «Shifting sands: new trends on ethics regulation of arbitrators in Investor-State Dispute Settlement». En *World Arbitration & Mediation Review,* 2016, n.º 3, vol. 10, pp. 383-405.

LANGFORD, Malcom y otros. The Revolving Door in International Investment Arbitration. *Journal of International Economic Law,* 2017, n.º 0. pp. 301-331.

POLONSKAYA, Ksenia. «Diversity in Investor-State Arbitration: intersectionality must be a part of the conversation». En *Melbourne Journal of International Law*, 2018, n.º 1, vol. 19, pp. 259-298.

QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*. Londres: White & Case, 2018. p. 18. Recuperado de

<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF>.

ROGERS, Catherine. «Arbitrator Intelligence: The Basics». En *Kluwer Arbitration Blog*, 27 de febrero del 2018. Recuperado de <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/02/27/ai-3/>.

ROGERS, Catherine. *Ethics in International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

VAN HARTEN, Gus. «The (Lack of) Women in Investment Treaty Arbitration». En *All Papers*, 2011, n.º 34. Recuperado de <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/all_papers/34>.

WAIBEL, Michael y Yanhui WU. «Are Arbitrators Political? Evidence from International Investment Arbitration». En *Working Paper*, 2017. Recuperado de <http://www.yanhuiwu.com/documents/arbitrator.pdf>

WINKLER, Matteo y Mikaël SCHINAZI. «No longer "Pale, Male, and Stale"? Approaching diversity and inclusiveness in international arbitration». En *Liber Amicorum Guillermo Aguilar Álvarez*, 2021. Recuperado de <https://ssrn.com/abstract=3776738>, pp. 1-23.

LEY DEL CONTRATO PRINCIPAL Y LEY DEL ACUERDO ARBITRAL EN EL MARCO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL: SEPARABILIDAD, AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, PRINCIPIO DE VALIDACIÓN Y DERECHO APLICABLE A FALTA DE ELECCIÓN

María Antonieta Delgado Menéndez [*]
María del Carmen Delgado Menéndez [**]

Sumario: 1. Principios que sustentan la determinación de la ley aplicable al acuerdo arbitral y al contrato principal.— 1.1. Principio de separabilidad.— 1.2. Principio de autonomía de la voluntad de las partes.— 1.3. Principio de validación del acuerdo arbitral: protección de la validez sustantiva del acuerdo arbitral y los alcances de la voluntad en el derecho internacional privado convencional de los contratos.— 2. Factores de conexión subsidiarios a falta de pacto entre las partes.— 2.1. Factores de conexión subsidiarios a la voluntad de las partes para la determinación de la ley del contrato principal.— 2.1.1. Tendencia moderna del siglo XXI: dar flexibilidad a los jueces para determinar la ley aplicable con base en el «principio de proximidad».— 2.1.1.1. El derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos.— 2.1.1.2.

[*] Abogada y magíster en Investigación Jurídica por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Catedrática en la misma casa de estudios. Directora de la Oficina Cooperación y Relaciones Internacionales del Jurado Nacional de Elecciones.

[**] Abogada y magíster en Investigación Jurídica por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Catedrática en la misma casa de estudios. Profesora asociada del Departamento Académico de Derecho. Miembro del Consejo Directivo de la Maestría en Investigación Jurídica y árbitra del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP. Consultora sénior en Derecho Privado, Derecho Internacional Privado y Derecho Público.

Las normas jurídicas que el tribunal arbitral estime apropiadas.— 2.1.2. Tendencia que viene del siglo XX: consagrar factores o criterios subsidiarios predeterminados con base en conexiones fijadas por el legislador.— 2.2. Factores de conexión subsidiarios a la voluntad de las partes para la determinación de la ley aplicable al acuerdo o convenio arbitral.— 2.2.1. Tendencia moderna del siglo XXI: aplicar el principio de validación del acuerdo arbitral.— 2.2.2. Tendencia que viene del siglo XX y continúa su aplicación en el siglo XXI: consagrar factores o criterios subsidiarios predeterminados con base en conexiones fijadas por el legislador o privilegiadas por la jurisprudencia de los tribunales y cortes de los Estados.— 2.2.2.1. La misma ley aplicable al contrato principal.— 2.2.2.2. La ley de la sede del arbitraje.— 2.2.2.3. La ley país con la conexión más estrecha.— 3. Las normas peruanas sobre ley aplicable al contrato principal y ley aplicable al convenio arbitral en el marco del arbitraje internacional.— 4. Conclusiones.— 5. Bibliografía.

1. PRINCIPIOS QUE SUSTENTAN LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE AL ACUERDO ARBITRAL Y AL CONTRATO PRINCIPAL

El acuerdo o convenio arbitral es el acuerdo en virtud del cual dos o más partes deciden someter a arbitraje la resolución de sus controversias. Este acuerdo puede estar referido a una controversia actual o futura y tener la forma de una cláusula inmersa en un contrato o de un pacto independiente.[1]

[1] VIRGÓS, Miguel. «El convenio arbitral en el arbitraje internacional». En *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, mayo de 2006, n.º 14, p. 13. Recuperado de <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1577/documento/art01.pdf?id=2104>.

En el marco del arbitraje internacional la cuestión de la validez de un acuerdo arbitral puede plantearse ante cuatro instancias distintas, dependiendo del momento en que se interponga y del objeto de la acción: (i) ante el propio tribunal arbitral (que tiene competencia respecto de su competencia); (ii) ante los tribunales estatales cuya competencia se excluye, alegando la invalidez de la cláusula o convenio arbitral; (iii) ante los tribunales de la sede de arbitraje, como sustento de la anulación del laudo; y (iv) ante los tribunales del Estado en que se pide su reconocimiento y ejecución, como fundamento de la denegación del *exequatur*.[2]

Ahora bien, respecto de la ley aplicable, la tercera década del siglo XXI es testigo de la consolidación de tres principios fundamentales para determinar la ley aplicable a los acuerdos o convenios arbitrales: (i) el principio de separabilidad del convenio o acuerdo arbitral, que postula la independencia del acuerdo arbitral respecto del contrato principal y, por ende, la aplicación de una ley distinta para cada uno de estos. Este principio está reconocido por la propia Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985 (artículo 16), que establece que la decisión del tribunal arbitral de que el contrato principal es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad del acuerdo arbitral; (ii) el principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes que postula la facultad de las partes de escoger la ley aplicable al contrato principal y también al convenio arbitral; y (iii) el principio de validación del acuerdo arbitral que postula la protección de la validez sustantiva del acuerdo arbitral mediante la aplicación al mismo de la ley más favorable a su validez entre las alternativas ofrecidas.

1.1. Principio de separabilidad

La determinación del derecho aplicable al convenio arbitral se encuentra ligada al principio de separabilidad entre el acuerdo arbitral y el contrato

2 *Ibídem*.

al cual se encuentra asociado.[3] Este principio significa que el ordenamiento considera el convenio arbitral como un acuerdo autónomo, separable de la relación principal a la que se refiere o del contrato en el que, eventualmente, se integra como una de sus cláusulas.[4]

La doctrina de la separación del pacto arbitral tiene como eje la independencia de este último respecto del contrato principal del cual forma parte, estableciendo que mientras que el contrato principal rige la relación jurídico-comercial entre las partes, el acuerdo arbitral contempla un mecanismo para la resolución de controversias surgidas por razón o con ocasión del contrato principal.[5]

Son entonces relaciones jurídicas distintas con objetos diferenciados. El objeto del acuerdo arbitral sería solo manifestar la voluntad de las partes en lo que refiere a la solución de eventuales litigios por la vía arbitral, es decir, regular la forma en que han de dirimirse las eventuales controversias.[6] También difieren en su marco regulatorio, finalidad y operatividad.[7]

Además, la validez del convenio arbitral es independiente de la validez del contrato principal. En consecuencia, la nulidad del convenio

---

3 BORN, Gary B. «Volume 1: International Arbitration Agreements». En *International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2014, segunda edición, p. 473.

4 VIRGOS, Miguel. *Op. cit.,* p. 14.

5 TALERO RUEDA, Santiago. «La eficacia del pacto arbitral en los negocios internacionales. Alcances del artículo 11.3 de la Convención de Nueva York». En *Revista de Derecho Privado*, junio 2007, n.º 38, p. 15. Recuperado de <https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri138.pdf>.

6 SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. «Cláusulas compromisorias en los contratos internacionales: una aproximación comparada». En Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, 2009, n.º 23, p. 43. Recuperado de <https://ihladi.net/wp-content/uploads/2018/02/Clausula-compromisorias-en-los-contratos-internacionales-Una-aproximacion-comparada.pdf>.

7 FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y Elena ARTUCH IRIBERRI. «*Validez y eficacia del convenio arbitral internacional*». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. *Tratado de Derecho arbitral*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez - Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, p. 753. Recuperado de <https://eprints.ucm.es/id/eprint/12809/1/VALIDEZ_Y_EFICANCIA_CONVENIO_ARBITRAL_INTERNACIONAL.pdf>.

arbitral no prejuzga la nulidad del contrato, ni esta determina aquella.[8] Dicha consideración resulta fundamental para garantizar el cumplimiento de la voluntad de las partes contractuales, en que la forma de resolver los conflictos sea siempre la vía arbitral. Ello explica que podamos encontrarnos ante una cláusula arbitral válida incluida en un contrato que es nulo. Como resultado de lo anterior, el tribunal arbitral puede decidir sobre la (in)validez o nulidad del contrato principal sin, retrospectivamente, despojarse de su propia competencia. A lo que apunta, entonces, el principio de separabilidad es que la existencia y validez del acuerdo arbitral no esté supeditada, en forma automática, a la del contrato que lo contiene.[9] En este sentido, la separabilidad beneficia la integridad de la vía arbitral al garantizar que el arbitraje sea siempre la vía de solución cualesquiera que sean las vicisitudes del contrato principal.[10]

En función de este principio, el acuerdo arbitral pactado por las partes se presume separable del contrato principal y puede, por tanto, verse regido por una ley diferente de la que rige este último. En este marco, la ley del contrato principal no tiene que coincidir con la ley aplicable a la validez del convenio o acuerdo arbitral. Este acuerdo, merced a su autonomía, se somete a su propia ley reguladora.

En el mismo sentido, destaca Born,[11] la Convención de Nueva York de 1958 tiene entre sus pilares el principio de separabilidad del pacto arbitral, en virtud del cual este es un acuerdo separable del contrato principal, regulado por leyes especiales internacionales que regulan su validez sustantiva y formal. Por su parte, el artículo V.1 de la Convención de Nueva York de 1958 refuerza la idea que dicho cuerpo normativo permite a las partes elegir una ley aplicable específicamente

8 SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. *Op. cit.,* p. 43.

9 CAIVANO, Roque J. «El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene». En *Derecho y Ciencias Sociales*, octubre 2015., n.º 13, p. 26. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5278684.pdf>.

10 VIRGÓS, Miguel. *Op. cit.,* p. 14.

11 BORN, Gary B. *Op. cit.*, p. 473.

al convenio arbitral.[12] Asimismo, el principio de la separabilidad del convenio arbitral es una realidad absolutamente aceptada por la doctrina europea y por la jurisprudencia de los distintos países y goza de un reconocimiento mayoritario en las normas y leyes arbitrales europeas. Este principio se recoge de manera expresa en gran parte de las leyes arbitrales europeas modernas.[13]

A la fecha, existen interesantes ejemplos de países que han recogido en sus normas y decisiones jurisdiccionales el principio de separabilidad tales como: Argentina, Bulgaria, Canadá, Dinamarca, España, Italia, Reino Unido, Serbia, entre otros.[14]

PRINCIPIO DE SEPARABILIDAD		
País	**Ley/Código/ Jurisprudencia**	**Norma/decisión que postula el principio de separabilidad**
Argentina	Caso Enrique C. Welbers SAICAS c/ Extrarktionstechneik Gesellschaft Fur Anlasenbav de 1998 Sala Especial 26-IX-1998	«2.- La validez de la cláusula arbitral, la ley aplicable a la misma, y a la jurisdicción internacional para resolver las controversias que suscite, son independientes del contrato que instrumenta la

12 DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta; CANDELA SÁNCHEZ, César y Milan PEJNOVIC DELGADO. *Introducción al derecho internacional privado.* Conflicto de jurisdicciones, arbitraje internacional y sujetos de las relaciones privadas internacionales. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2015, tomo III, pp. 156-160.

13 ESPLUGUES MOTA, Carlos. «El arbitraje en Europa: el difícil encaje de una institución floreciente en el proceso de armonización del derecho en la Unión Europea». En CEDEP/ASADIP. *Derecho internacional privado - Derecho de la libertad y el respeto mutuo: ensayos a la memoria de la Tatiana B. de Maekelt*. Asunción: Ediciones y Arte, 2010, p. 11. Recuperado de <https://ssrn.com/abstract=2097270>.

14 DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta; CANDELA SÁNCHEZ, César y Milan PEJNOVIC DELGADO. *Op. cit.*, pp. 161-162.

		relación de fondo, aun cuando dicha cláusula se encuentre incorporada a este último […]».[15]
Argentina	Código Civil y Comercial de 2014	
Bulgaria	Ley de Arbitraje Comercial Internacional de 1988	Artículo 19 «(2): Un acuerdo de arbitraje, incluido en un contrato, será independiente de sus otras disposiciones. La anulación de un contrato no significará *ipso facto* la nulidad del acuerdo arbitral contenido en el mismo».[16]
Canadá	Caso Thyssen Canada Ltd vs. Mariana Marítima SA de 2000 Corte Federal de Apelaciones de Canadá	«Respecto de la ley aplicable al acuerdo arbitral es necesario preguntarse si las partes han elegido expresamente qué ley se aplica al acuerdo. Si lo han hecho, entonces dicha ley prevalece incluso si difiere de la ley aplicable al contrato principal o de la *lex arbitri*».[17]
Dinamarca	Ley de Arbitraje de Dinamarca de 2005	Sección 16.1: «El tribunal arbitral podrá pronunciarse sobre su propia jurisdicción, incluidas las objeciones

15 E.D., t 1443, p. 435.
16 Disponible en <https://www.iaa-network.com/wp-content/uploads/2013/07/Bulgaria-Arbitration-Law.pdf>.
17 3 FC 398, p 22.

		con respecto a la existencia o vigencia del convenio arbitral. A tal efecto, una cláusula arbitral que forma parte de un contrato se tratará como un acuerdo independiente de los otros términos del contrato. Una decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo y sin efectos no implicará ipso jure la nulidad de la cláusula arbitral».[18]
España	Ley de Arbitraje española de 2003	Artículo 22 «1. […] el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral».[19]
Italia	CPC: título VIII del libro IV, capítulo I «Sometimiento a arbitraje y cláusula arbitral»	Artículo 808.II CPC: «Se evaluará la validez de la cláusula arbitral independientemente del contrato subyacente […]».[20]

18 Disponible en <https://www.iaa-network.com/wp-content/uploads/2013/07/Denmark-Arbitration-Law-1.pdf>. Traducción libre de las autoras.

19 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-23646-consolidado.pdf>.

20 Disponible en <https://www.iaa-network.com/wp-content/uploads/2013/07/Italy-Arbitration-Law.pdf>. Traducción libre de las autoras.

Italia	Decisión del 26 de abril de 1988 Corte de Apelaciones de Venecia	«[…] la cláusula arbitral es un contrato autónomo del contrato principal en el que se encuentra incluido (por lo que podría verse regido por una ley distinta)».[21]
Reino Unido	Ley de Arbitraje de 1996	Sección 7: «A menos que las partes acuerden lo contrario, un acuerdo arbitral que forme o estuvo destinado a formar parte de otro acuerdo (ya sea por escrito o no) no será considerado inválido, inexistente o ineficaz porque ese otro acuerdo sea inválido, o no llegue a existir o se haya vuelto ineficaz, y para ese propósito será tratado como un acuerdo distinto».[22]
Serbia	Ley de Arbitraje Comercial Internacional de 2006	Artículo 28 «Si el acuerdo de arbitraje se celebró en forma de cláusula de arbitraje, tal cláusula se considerará independiente de los demás términos del contrato en el proceso de decisión sobre la objeción con respecto a la existencia o validez de acuerdo de arbitraje». [23]

21 VII Y.B. Comm. Arb. 340,341.

22 Disponible en <https://www.iaa-network.com/wp-content/uploads/2013/07/Italy-Arbitration-Law.pdf> Traducción libre de las autoras.

23 Disponible en

El principio de separabilidad también ha sido aplicado en importantes decisiones de tribunales arbitrales internacionales,[24] como la CCI, particularmente en el Caso n.º 1507 de 1970 —Compañía Alemana vs. Estado del Sureste de Asia—.[25] En su laudo final, la CCI señaló que «la cláusula arbitral en un contrato internacional puede verse regida por una ley distinta a aquella que regula el contrato principal». [26]

Esta misma línea ha sido seguida por otros tribunales y cortes de diversos países como Suiza, Francia, Estados Unidos, Inglaterra e India, los que han aplicado el principio de separabilidad del contrato principal al momento de determinar la ley aplicable al acuerdo arbitral, reconociendo abiertamente la posibilidad de que el acuerdo arbitral se rija por una ley distinta a la del contrato principal. A continuación, citamos algunos ejemplos.[27]

- La decisión del Tribunal Federal suizo del 21 de marzo de 1995, según la cual, en el marco del comercio internacional, el principio de autonomía de la cláusula arbitral significa que el acuerdo arbitral y el contrato principal pueden estar regidos por leyes diferentes.[28]

- La decisión de la Corte de Casación francesa del 20 de diciembre de 1993 en el caso Municipalité de Khoms El Magreb vs. Société Dalico, que resolvió que la cláusula arbitral es legalmente independiente del contrato principal.[29]

<https://www.iaa-network.com/wp-content/uploads/2013/07/Serbia-Arbitration-Law.pdf>. Traducción libre de las autoras.

24 DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta; CANDELA SÁNCHEZ, César y Milan PEJNOVIC DELGADO. *Op. cit.*, pp. 159-164.

25 Laudo final del Caso CCI n.º 1507 de 1970 - Compañía Alemana vs. Estado del Sur-este de Asia.

26 JARVIN, Sigvard e Yves DERAINS (editores). *Collections of ICC. Arbitral Awards 1974-1985*. La Haya: Kluwer, 1990, pp. 215-216.

27 DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta; CANDELA SÁNCHEZ, César y Milan PEJNOVIC DELGADO. *Op. cit.*, pp. 161-162.

28 XXII Y.B. Comm. Arb. 800, 803.

29 1994 Rev. arb. 116, 117.

- La decisión de la Corte Suprema de los EE. UU. en el Caso Volt Information Sciences, Inc. vs. Stanford University de 1989, la cual reconoció que, conforme a la Ley de Arbitraje de los EE. UU., las partes son libres de pactar que su acuerdo arbitral pueda ser regido por una ley distinta a la ley aplicable al contrato principal.[30]

- La decisión de la Corte Superior de Inglaterra en el caso Union of India vs. Mc Donnell Douglas Corp. de 1993, en la cual, aplicando la Ley de Arbitraje inglesa de 1975, se reconoció la facultad que tienen las partes de elegir tanto la ley aplicable a su negocio comercial, como aquella aplicable al acuerdo arbitral.[31]

- La decisión de la Corte de Apelaciones Inglesa en el caso Sulamérica Cia. Nacional de Seguros S. A. vs. Enesa Engenharia S. A. de 2012, emitida en aplicación de la Ley de Arbitraje inglesa modificada en 1996, donde la Corte reafirmó que la ley aplicable al acuerdo arbitral puede ser distinta a aquella que se aplica al contrato principal.[32]

- La decisión de la Corte Suprema de la India, en el caso National Thermal Power Corp. vs. Singer Co. de 1992, en la que señaló que tanto la validez, como los efectos e interpretación de la cláusula arbitral se rigen por su propia ley aplicable.[33]

1.2. Principio de autonomía de la voluntad de las partes

La corriente preponderante en el derecho internacional privado del siglo XXI considera que la ley del contrato principal y la ley de convenio arbitral pueden ser elegidas libremente por las partes, reconociendo así el

30 489 U.S. 468, 470, 479.
31 *2 Lloyd's Rep*. 48, 50 (QB).
32 EWCA Civ 638, p. 11.
33 XVIII *Y.B.* Comm. Arb. 403, 406.

principio de la ley de autonomía o *lex voluntatis* —autonomía conflictual— consagrado por las normas de conflicto de los códigos civiles (por ejemplo, el artículo 2095 del Código Civil peruano) y por las normas de conflicto introducidas en las leyes de arbitraje (por ejemplo, los artículos 13.7 y 57 de la Ley de Arbitraje peruana).

El siglo XXI está marcado por una renovada atención de la doctrina y del derecho positivo a la autonomía de la voluntad,[34] fenómeno que responde a una diversa gama de factores ideológicos, económicos e incluso políticos, siendo en materia patrimonial donde el poder autorregulador de los particulares ha adquirido un mayor relieve, particularmente en el ámbito de las relaciones mercantiles e intercambios comerciales, habiéndose estrechado la vinculación entre «mercado» y «autonomía de la voluntad». Es, justamente, el mercado el ámbito donde los agentes económicos se relacionan contractualmente intercambiando bienes y servicios; y el ordenamiento jurídico es al que toca garantizar el respeto de los derechos derivados de estos contratos.[35]

La voluntad de las partes es el factor de conexión prioritario y solo se utilizan los factores supletorios previstos por la ley a falta de elección de las partes. Ello permite a los contratantes identificar con anticipación el derecho que regulará su contrato y gozar de mayor previsibilidad y seguridad jurídica respecto a los derechos y obligaciones que derivan de él.[36]

---

34 BOUZA VIDAL, Nuria. «Aspectos actuales de la autonomía de la voluntad en la elección de la jurisdicción y de la ley aplicable a los contratos internacionales». En *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2004 de la Universidad del País Vasco.* Barcelona, 2005, p. 3. Recuperado de <https://www.ehu.eus/documents/10067636/10729590/2004-Nuria-Bouza-Vidal.pdf/219b674b-5a99-f725-9298-3d939c217b04?t=1539187076000>.

35 DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta. *Autonomía de la voluntad, ley del contrato y normas internacionalmente imperativas. La ley peruana a la luz de las tendencias del derecho internacional privado contemporáneo*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2017, p. 51.

36 DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta. y DELGADO MENÉNDEZ, María del Carmen. «Autonomía y limitaciones de la autonomía de la voluntad en la contratación internacional del siglo XXI: una mirada desde el derecho internacional privado peruano». En *Colección centenario - PUCP*. Lima, 2019, pp. 85-86.

En el mismo sentido se pronuncia Born,[37] quien destaca que la doctrina contemporánea mayoritaria reconoce la facultad de las partes de elegir la ley rectora de la formación y validez sustantiva de un convenio arbitral internacional.[38]

En este marco, la voluntad de las partes es el factor de conexión principal, aplicándose en forma subsidiaria los factores supletorios previstos por ley solo cuando las partes no han ejercido su facultad de elección. No obstante, en el campo del arbitraje internacional va cobrando cada vez mayor aplicación y vigencia el principio de validación del acuerdo arbitral consagrado por las nuevas normas de conflicto protectoras de la validez del arbitraje. Con base en dicho principio, la ley que las partes hubieran elegido para regir la validez sustantiva del acuerdo arbitral solo será aplicada en tanto sea más favorable a la validez del convenio arbitral en los términos que explicaremos en el siguiente acápite.

1.3. Principio de validación del acuerdo arbitral: protección de la validez sustantiva del acuerdo arbitral y los alcances de la voluntad en el derecho internacional privado convencional de los contratos

Como señalan los internacionalistas Delgado y Pejnovic,[39] el arbitraje usualmente está expuesto a factores externos que pueden poner en riesgo su existencia misma. Por ello, se han creado diversos principios que, fundados en la voluntad de las partes, protejen el arbitraje «a prueba de balas». Algunos de estos principios son: (i) la inevitabilidad de arbitraje; (ii) la autonomía de la voluntad; (iii) la presuncion de validez del

37 BORN, Gary B. *Op. cit.*, p. 460.

38 DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta; CANDELA SÁNCHEZ, César y Milan PEJNOVIC DELGADO. *Op. cit.*, p. 165.

39 DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y Milan PEJNOVIC DELGADO. «A prueba de balas. El principio de validación como mecanismo de protección del arbitraje». En BULLARD, Alfredo (editor). *Litigio arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva.* Lima: Palestra, 2016, pp. 50-60.

convenio arbitral; (iv) la separabilidad del convenio arbitral; (v) el *competence-competence*; y, (iv) el principio de validación, al cual referimos en este acápite, los cuales se encuentran recogidos en diversos instrumentos internacionales, tales como la Convención de Nueva York y la Ley Modelo CNUDMI, así como en diversas legislaciones nacionales. Entre los principios antes citados, el principio de validación es uno de los que más desarrollo ha tenido en los últimos años, dado que constituye un importante mecanismo de protección del arbitraje, que podría considerarse una «coraza de validez a prueba de balas».

Vemos entonces que el siglo XXI registra una tendencia muy importante protectora de la validez sustantiva del acuerdo arbitral que reposa justamente en el principio de validación (*pro arbitratione*) que faculta a los árbitros a descartar la ley elegida por las partes para regular el convenio arbitral cuando esta no favorezca la validez sustantiva del mismo y a aplicar en su lugar la ley que sí le conceda validez.[40]

De esta forma, en vez de buscar cuál es la ley que debe regir la validez del acuerdo arbitral, este principio toma como punto de partida el propósito de ese tipo de convenios (de arbitraje) y los instrumentos legales que los hacen ejecutables, determinando que se debe aplicar la ley de la jurisdicción que le va a dar validez al acuerdo de arbitraje.[41] A tal efecto, se han creado nuevas normas de conflicto especiales que han roto la típica neutralidad de la norma de conflicto para defender la validez sustantiva del convenio arbitral. Dichas normas permiten la aplicación alternativa, y no jerarquizada, de más de una ley, a fin de dar la mayor cantidad de opciones posibles que validen el acuerdo arbitral y la arbitrabilidad de la controversia. Usualmente, las opciones son la ley elegida por las partes para regir el convenio arbitral, la *lex contractus* e, incluso, la *lex arbitri*.[42] Al respecto, las legislaciones española y suiza han incorporado el principio de validez del acuerdo arbitral, disponiendo que

40 *Idem,* pp. 65-67.
41 BORN, Gary B. *Op. cit.*, p. 494.
42 SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. *Op. cit.,* p. 43.

dicho pacto será válido si cumple con los requisitos previstos sea en la ley que gobierna el contrato que lo contiene o en la ley española o suiza, según corresponda.[43]

No obstante, un factor relevante a tener presente es la tensión que puede generarse entre el principio de validación y el principio de autonomía de la voluntad de las partes, en especial en aquellos supuestos en los que, aplicando el principio de validación, el juzgador deja de lado la ley elegida por las partes para regir el convenio arbitral a fin de concederle validez a una cláusula arbitral que sería inválida bajo la ley elegida por los contratantes.[44] Afortunadamente, este tipo de conflictos no son usuales, dado que las partes no siempre eligen una ley aplicable al acuerdo arbitral y si lo hacen, no suelen elegir una ley que ponga en cuestión la invalidez de dicho acuerdo.[45]

En otras palabras, estas nuevas normas de conflicto especiales creadas para el acuerdo arbitral contienen una regla *in favorem validitatis*, en virtud de la cual dicho acuerdo será materialmente válido si es que cumple con una de las tres leyes aplicables posibles,[46] vale decir, con los requerimientos ya sea de la ley elegida por las partes para regir el acuerdo arbitral, de la ley que rige el contrato principal (las materias en disputa) o de ley de la sede del arbitraje. Por tanto, el árbitro tendrá jurisdicción siempre que la cláusula arbitral sea válida de acuerdo con cualquiera de estas tres leyes. Esto ha sido reconocido por el Tribunal Federal suizo en su decisión del 16 de octubre de 2003,[47] así como por diversos

43 MEDINA CASAS, Héctor. «La Ley aplicable al pacto arbitral: Incertidumbre en contravía de las bases del Arbitraje Internacional». En *Arbitraje PUCP*, 2016, n.º 6, p. 148. Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/17032>.

44 BORN, Gary B. *Op. cit.*, p. 563.

45 DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta; CANDELA SÁNCHEZ, César y Milan PEJNOVIC DELGADO. *Op. cit.*, p. 165.

46 *Idem*, p. 159.

47 ASA Bull. 364, 387.

autores, como Lalive,[48] Berger y Kellerhals,[49] Wenger[50] y Poudret y Besson.[51]

Ejemplos importantes de leyes que consagran el principio de validación se encuentran en: la Ley Arbitraje peruana, 2008 (Decreto Legislativo n. º 1071, artículo 13.7); la Ley de Arbitraje española, 2011 (artículo 9.6); el Código Procedimientos Civiles de Argelia, 2008 (artículo 1040); la Ley de Arbitraje suiza, 1987 (artículo 178.2).[52]

PRINCIPIO DE VALIDACIÓN[53]		
País	**Ley/Código**	**Norma de conflicto protectora de la validez sustantiva del convenio arbitral**
Perú	Ley de Arbitraje de 2008 (Decreto Legislativo n.º 1071)	Artículo 13 «7. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje, si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas a jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano". [54]

48 LALIVE, Pierre. «The New Swiss Law on International Arbitration». En *Journal of International Arbitration*, 1998, n.º.2, vol. 5, pp. 2-10.

49 BERGER, Bernhard y KELLERHALS, Franz. *International and Domestic Arbitration in Switzerland.* Londres - Berna: Sweet & Maxwell, 2010, segunda edición, p. 369.

50 WENGER, W. «Artículo 178». En BERTI, S. y otros (editores). *International Arbitration in Switzzerland*. La Haya: Kluwer, 2000, p. 22.

51 POUDRET, Jean y BESSON, Sebastiaen. *Comparative Law of International Arbitration*. Londres: Sweet & Maxwell, 2009, segunda edición, p. 300.

52 DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y Milan PEJNOVIC DELGADO. *Op. cit.,* pp. 66-67.

53 DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta; CANDELA SÁNCHEZ, César y Milan PEJNOVIC DELGADO. *Op. cit.*, pp. 161-162.

54 Disponible en <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/377449/DL-1071-ley-que-norma-el-arbitraje.pdf>.

España	Ley de Arbitraje de 2003 (actualizada el 2011)	Artículo 9 «6. Cuando el arbitraje es internacional, el acuerdo arbitral será válido […] si cumple con los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español».[55]
Argelia	Código de Procedimientos Civiles y Administrativos de 1966	Artículo 1040 «En relación con el acuerdo arbitral, este será válido si se ajusta a las condiciones determinadas por la ley elegida por las partes, la ley aplicable a las materias en discusión o por la ley que el árbitro considere apropiada».[56]
Suiza	Ley de Arbitraje de 1987	Artículo 178 «2. Además, un acuerdo de arbitraje es válido si se ajusta a la ley elegida por las partes, o a la ley que rige el objeto de la controversia, en particular el contrato principal, o a la ley suiza».[57]

También existe jurisprudencia interesante donde los tribunales han implementado el principio de validación y, por ende, han descartado la

55 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-23646-consolidado.pdf>.

56 Disponible en <https://www.iaa-network.com/wp-content/uploads/2013/07/Algerian-Arbitration-Law.pdf>. Traducción libre de las autoras.

57 Disponible en <https://www.iaa-network.com/wp-content/uploads/2013/07/Switzerland-Arbitration-Law.pdf>. Traducción libre de las autoras.

aplicación de las leyes elegidas por las partes cuando su aplicación implicaría decretar la invalidez del acuerdo arbitral. Ello ha sucedido, por ejemplo, en caso las siguientes decisiones:[58]

- La decisión de la Corte de Apelación del Tercer Circuito de los EE. UU. en el caso Rhone Mediterranee vs. Lauro de 1983,[59] donde la Corte decidió no aplicar la ley italiana en tanto esta determinaba la invalidez de la cláusula arbitral.

- La decisión de la Corte de Apelaciones del Primer Circuito de los EE. UU en el caso Ledee vs. Ceramiche Ragno de 1982,[60] donde la Corte decidió inaplicar la ley de Puerto Rico por motivos que esta determinaba la invalidez del acuerdo arbitral.

- Las decisiones de la Corte Distrital del Distrito Sur de Nueva York el caso Farell vs. Subway International de 2011;[61] y de la Corte Distrital del Distrito Este de Nueva York en el caso Apple and Eve, LLC, vs. Yantai N. Andre Juice Co. de 2007.[62] En ambos casos también se descartó la ley elegida por aplicación del principio de validación.

---

58 DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta; CANDELA SÁNCHEZ, César y Milan PEJNOVIC DELGADO. *Op. cit.*, p. 165.

59 712 F. 2d 50, 52-54.

60 684 F.2d 184, 186-87.

61 BV, WL 1085017.

62 499 F. *Supp.*2d 245, 251.

2. FACTORES DE CONEXIÓN SUBSIDIARIOS A FALTA DE PACTO ENTRE LAS PARTES

2.1. Factores de conexión subsidiarios a la voluntad de las partes para la determinación de la ley del contrato principal

2.1.1. Tendencia moderna del siglo XXI: dar flexibilidad a los jueces para determinar la ley aplicable con base en el «principio de proximidad»

La tendencia moderna del siglo XXI es dar libertad al juzgador para determinar a su libre albedrío el «derecho más estrechamente vinculado con el contrato» o para elegir las normas jurídicas que estime apropiadas.[63]

Se incluyen nuevas normas de conflicto que permiten al tribunal elegir a su criterio cuál es el derecho más vinculado o apropiado para regular el contrato.

Al respecto, las fórmulas más usadas establecen que si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable el contrato se regirá por:

2.1.1.1. El derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos

Para determinarlo, el tribunal deberá valorar en cada caso dichos vínculos, tomando cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato, y los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. No se permite al árbitro optar por una ley no vinculada al contrato.[64]

---

63 DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta. *Op. cit.,* pp. 74-78.

64 SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. *Op. cit*., p. 55.

Así lo establecen importantes cuerpos normativos de fuente internacional y de fuente interna, tales como: la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, 1994 - CIDIP V (artículo 9); la Ley japonesa 78/2006 (artículo 8.1); el Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional, 2004 (artículo 33); la Ley de Arbitraje de Italia (CPC, artículo 834); y la Ley alemana de Arbitraje de 1998 (artículo 1051).

A continuación, presentamos un cuadro con ejemplos interesantes de cuerpos normativos donde se reconoce el carácter prioritario de la voluntad de las partes como factor de conexión para determinar la *lex contractus,* y al derecho más estrechamente conectado con el contrato como factor de conexión subsidiario de la voluntad de los contratantes.

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y FACTORES SUBSIDIARIOS PARA DETERMINAR LA LEY APLICABLE AL CONTRATO PRINCIPAL[65]		
Ley/Reglamento	**Voluntad de las partes**	**Sin voluntad de las partes**
Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales de 1994[66]	Artículo 7 «El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales,	Artículo 9 «Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por *el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos*. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el

65 DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y Milan PEJNOVIC DELGADO. «Lex contractus». En COLLANTES, Jorge Luis (director). *Enciclopedia del arbitraje. Segunda parte*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2018, pp. 118-119.

66 Disponible en <http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPV_convencioncontratosinternacionales.htm/>.

	consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo».	derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales».
Ley japonesa de DIPr 78/2006[67]	Artículo 7 «La validez y eficacia de un negocio jurídico se rigen por la ley del lugar elegido por las partes al tiempo de su celebración».	Artículo 8 «1. A falta de elección de ley por las partes conforme al artículo anterior, la *validez y eficacia de un negocio jurídico se regirán por la ley del lugar con el que presente los vínculos más estrechos* al tiempo de su celebración».
Reglamento suizo de Arbitraje Internacional de 2004[68]	Artículo 33 «El tribunal arbitral decidirá con arreglo a las normas jurídicas que las partes hayan acordado».	Artículo 33 «a. […]en ausencia de una elección de derecho, con arreglo *a las normas jurídicas que presenten la conexión más estrecha* con el litigio». «b. el tribunal arbitral […] tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso».
Ley de Arbitraje de Italia	Artículo 834	Artículo 834

67 ASAMI, Etsuko. *Los sistemas del derecho internacional privado japonés y europeo desde una perspectiva comparada*. Tesis para optar el grado de doctor. Madrid: Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 2013, PP. 303-307.

68 Disponible en <https://froriep.com/wp-content/uploads/Jean_Marguerat_Comentario_-_El_nuevo_Reglamento_Suizo_de_Arbitraje_Internacional__La_unification_y_modernizacion_del_a.pdf>.

(CPC título VIII, libro IV, capítulo I[69]	«Las partes pueden acordar entre ellas las reglas que los árbitros aplicarán al fondo de la disputa o disponer que los árbitros decidan *ex aequo et bono*. Solicitar».	«Si las partes guardan silencio, será *aplicable la ley con que la que la relación tiene su conexión más estrecha*. […] los árbitros tendrán en cuenta las disposiciones del contrato y los usos comerciales».
Ley alemana de Arbitraje de 1998[70]	Artículo 1051 «1. El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio».	Artículo 1051.2 y 1051.4: «Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará *la ley que determinen las normas del Estado con que el litigio tendrá los vínculos más estrechos*. […] el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso».

2.1.1.2. Las normas jurídicas que el tribunal arbitral estime apropiadas

Para determinar las normas jurídicas más apropiadas, el tribunal tendrá en cuenta los usos y prácticas aplicables. Esta fórmula proporciona al

69 Disponible en <https://www.iaa-network.com/wp-content/uploads/2013/07/Italy-Arbitration-Law.pdf>. Traducción libre de las autoras.

70 Disponible en <https://www.uv.es/medarb/observatorio/leyes-arbitraje/europa-resto/alemania-ccp-arbitraje-1998.pdf>.

árbitro un amplio, pero de ningún modo absoluto, margen de discrecionalidad. El contrapunto de esta flexibilidad sería la necesidad de que el árbitro motive suficientemente su elección, de forma convincente, objetiva y previsible.[71] Como se muestra en el cuadro que se presenta a continuación, esta es la fórmula empleada por diversas leyes y reglamentos de arbitraje, tales como: la Ley de Arbitraje peruana, 2008 (Decreto Legislativo n.º 1071, artículo 57); el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, 2021 (artículo 21); el Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid, 2020 (artículo 26); y el Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, 1998 (artículo 22.3).

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y FACTORES SUBSIDIARIOS PARA DETERMINAR LA LEY APLICABLE AL CONTRATO PRINCIPAL[72]		
Ley/Reglamento	**Voluntad de las partes**	**Sin voluntad de las partes**
Ley Modelo Uncitral sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985[73]	Artículo 28 «El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio».	Artículo 28 «a. […] Si las partes no indican ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la *ley que determinan las normas de conflicto de leyes que estime aplicables*». «b. El tribunal arbitral […] tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso».

71 SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. *Op. cit.*, p. 56.

72 DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y Milan PEJNOVIC DELGADO. «Lex contractus». *Op. cit.*, pp. 118-119.

73 Disponible en <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/07-87001_ebook.pdf>.

Ley de Arbitraje peruana de 2008 (Decreto Legislativo n.º 1071)[74]	Artículo 57 «En el arbitraje internacional, el tribunal arbitral decidirá la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes como aplicables al fondo de la controversia».	Artículo 57 «a. Si las partes no indican las *normas jurídicas aplicables*, el tribunal arbitral aplicará las *que estime apropiadas*». «b. el tribunal arbitral […] tendrá en cuenta los usos y prácticas aplicables».
Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional de 2021[75]	Artículo 21 «Las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el tribunal arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia».	Artículo 21 «a. A falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral aplicará *las normas jurídicas que considere apropiadas*». «b. El tribunal arbitral deberá tener en cuenta […] cualesquiera usos comerciales pertinentes».
Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid de 2020[76]	Artículo 26 «Los árbitros resolverán con arreglo a las normas jurídicas que las partes hayan elegido».	Artículo 26 «a. […] en su defecto, con arreglo a *las normas jurídicas que consideren apropiadas*». «b. los árbitros […]tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso».

74 Disponible en <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/377449/DL-1071-ley-que-norma-el-arbitraje.pdf>.

75 Disponible en <https://www.iccspain.org/wp-content/uploads/2021/05/ICC-2021-arbitration-rules-Spanish-version.pdf>.

76 Disponible en <https://madridarb.com/wp-content/uploads/2020/04/REGLAMENTO_CIAM_DIGITAL-DEF2.pdf>.

Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres d 1988[77]	Artículo 22 «3. El tribunal arbitral decidirá sobre la controversia de acuerdo con las disposiciones de la ley, leyes o normas elegidas por las partes como aplicables al fondo del asunto».	Artículo 22 «3. En la medida en que se aprecie la inexistencia de elección por las partes de ley, leyes o normas aplicables, el tribunal arbitral aplicará la ley, leyes o *normas que juzgue apropiadas*».
Ley de Arbitraje de Austria de 2013[78]	Sección 603.1 «El tribunal arbitral decidirá la controversia de conformidad con las disposiciones legales o normas de derecho acordadas por las partes. […]».	Sección 603.2 «A falta de designación por las partes de las disposiciones estatutarias o normas de derecho aplicables, el tribunal arbitral aplicará las *disposiciones legales que considere apropiadas*».
Ley 489-08 sobre Arbitraje Comercial de República Dominicana de 2008[79]	Artículo 33.2 «[…] Cuando el arbitraje sea internacional, los árbitros decidirán el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio».	Artículo 33.3 y 33.4 «Si las partes no indican *las normas jurídicas* aplicables, el tribunal arbitral aplicará las *que estimen apropiadas*». «[…] el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos aplicables».

77 Disponible en <http://www.ohadac.com/legislations/47/reglamento-de-la-corte-de-arbitraje-internacional-de-londres-lcia.html?lang=es>.

78 Disponible en <https://www.iaa-network.com/wp-content/uploads/2013/07/Austria-Arbitration-Law-1.pdf>. Traducción libre de las autoras.

79 Disponible en <https://www.iaa-network.com/wp-content/uploads/2013/07/Dominican-Republic-Arbitration-Law.pdf>.

2.1.2. Tendencia que viene del siglo XX: consagrar factores o criterios subsidiarios predeterminados con base en conexiones fijadas por el legislador

La tendencia prevalente del siglo XX que continúa vigente en muchos Códigos Civiles, como el peruano, a falta de acuerdo entre las partes, es imponer al juzgador o tribunal factores de conexión subsidiarios a los cuales deben recurrir para determinar la ley aplicable al contrato principal cuando las partes no hayan ejercido la autonomía de la voluntad. Ello se hace consagrando factores de conexión que vinculan el contrato a un lugar específico, el cual usualmente es el lugar de cumplimiento o celebración del contrato. Esta tendencia tuvo su reinado absoluto hasta los años ochenta del siglo XX, momento que comienza a ganar terreno la nueva corriente orientada a adoptar criterios más flexibles, en especial en las leyes y reglamentos de arbitraje. No obstante, las fórmulas rígidas todavía siguen vigentes en los Códigos Civiles de múltiples países, mientras cada vez pierden más presencia en las normas sobre arbitraje, particularmente en el marco del arbitraje internacional, donde la consagración de factores de conexión flexibles ha ganado un significativo terreno.[80]

Actualmente, existen varias legislaciones como la peruana (artículo 2095 del Código Civil) y argentina (artículo 2652 del Código Civil y Comercial, salvo el caso excepcional del artículo 2653), que siguen esta tendencia, imponiendo determinados factores de conexión a ser usados por las autoridades jurisdiccionales en todo tipo de contratos ante el silencio de las partes. Los cuerpos normativos difieren respecto a los factores subsidiarios impuestos por el legislador, estando entre los favoritos el lugar de ejecución o cumplimiento del contrato y el lugar de conclusión o celebración del mismo, que son los factores de conexión privilegiados (en ese orden) por el Código Civil peruano.[81] A continuación, listamos

---

80 DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta. *Op. cit.*, pp. 84-91.

81 DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y Milan PEJNOVIC DELGADO. «Lex contractus». *Op. cit.*, pp. 116-121.

algunos de ellos, partiendo de la clasificación que hace González de Cossío.[82]

a) El lugar de cumplimiento o ejecución del contrato

b) El lugar de celebración del contrato

c) El domicilio o residencia habitual de las partes

d) La nacionalidad de las partes

e) El lugar de situación de los bienes inmuebles

f) El equilibrio de intereses

g) La relación más significativa

h) La prestación más característica

Luego de analizar las distintas tendencias, fórmulas y criterios de conexión que existen hoy para determinar la *lex contractus* en ausencia de elección de las partes, podemos concluir que,[83] dada la extraordinaria gama de contratos que se celebran diariamente, lo más apropiado pareciera ser no encasillar al juzgador con fórmulas rígidas y predeterminadas por el legislador, sino, más bien, conceder al juzgador la facultad de elegir la *lex contractus*, con base en el derecho que «tenga una vinculación más estrecha con el contrato» (principio de proximidad), la cual le permitirá tomar la decisión más adecuada para cada caso concreto, y lograr lo que algunos denominan la «justicia conflictual».

---

82 GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. «La Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales a la luz del derecho conflictual internacional». En *Revista de Derecho Privado*, 1997, n.º 24, año 8, pp. 131-132. Recuperado de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/24/tci/tci8.pdf/>.

83 DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta. *Op. cit.*, pp. 84-91.

A tal efecto, el juzgador deberá ponderar los «contactos» concretos que tenga el contrato con diversos países. Vale decir, deberá realizarse, como señala Carrascosa,[84] un *balancing test* o proceso de *counting and weighing contacts*, un razonamiento «caso por caso», referido a un «contrato concreto» y a las vinculaciones y contactos específicos que tenga dicho acuerdo con los diferentes países. De manera complementaria, para ayudar al juzgador, podría considerarse la inclusión en las normas de derecho internacional privado de una batería de pautas orientadoras que le sirvan de guía para realizar su análisis relativo al derecho más estrechamente vinculado con el contrato como lo hace la Convención de Roma de 1980 sobre ley aplicable a los contratos internacionales en el ámbito de la Comunidad Europea.

2.2. Factores de conexión subsidiarios a la voluntad de las partes para la determinación de la ley aplicable al acuerdo o convenio arbitral

En la práctica, es bastante usual que las partes de un contrato no designen de forma expresa la ley aplicable al convenio arbitral y que únicamente acuerden la *lex contractus* y la sede del arbitraje. A continuación, veremos cuáles son las posturas y fórmulas más usadas actualmente por la doctrina y la jurisprudencia internacional para determinar la ley aplicable al acuerdo arbitral en ausencia de pacto de las partes.

2.2.1. Tendencia moderna del siglo XXI: aplicar el principio de validación del acuerdo arbitral

La tendencia contemporánea que gana cada vez más espacio es aplicar el principio de validación. Como señalamos anteriormente, ello supone dar libertad al juzgador para designar como ley aplicable a la validez sustantiva del convenio arbitral aquella que le dé validez al mismo.

---

84 CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. «La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I». En *Textos de derecho internacional privado*. Madrid: Colex, p. 1013.

Según lo manifestado en acápites precedentes, el siglo XXI registra una tendencia muy importante protectora de la validez sustantiva del acuerdo arbitral que reposa en el principio de validación (*pro arbitratione*), el cual ha llevado a la creación de nuevas normas de conflicto que permiten al juzgador la aplicación alternativa y no jerarquizada de más de una ley, para dar la mayor cantidad de opciones posibles que validen el acuerdo arbitral y la arbitrabilidad de la controversia.

Las fórmulas más usadas en aplicación del principio de validación establecen que si las partes no han elegido la ley aplicable, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje, si cumple con los requisitos establecidos por:

a) Las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia (ley aplicable al contrato principal o *lex contractus)*; o por

b) El derecho de la sede del arbitraje (*lex arbitri)*.

De este modo, a falta de pacto entre las partes, se le permite al tribunal elegir la ley aplicable al acuerdo arbitral entre las alternativas ofrecidas por las normas de conflicto, con la consigna de aplicar la ley que considere que da validez a dicho acuerdo. Esta es la fórmula recogida por las leyes y códigos de diversos países, tales como: Perú, España, Argelia y Suiza, cuyo detalle puede apreciarse en el siguiente cuadro:

FACTORES SUBSIDIARIOS OFRECIDOS POR LAS NORMAS DE CONFLICTO **PARA DETERMINAR LA LEY APLICABLE AL CONVENIO ARBITRAL A FALTA DE PACTO DE LAS PARTES: PRINCIPIO DE VALIDACIÓN**[85]		
País	**Ley/Código**	**Norma de conflicto protectora de la validez sustantiva del convenio arbitral a falta de pacto**
Perú	Ley de Arbitraje de 2008 (Decreto Legislativo n.º 1071)	Artículo 13 «7. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje, si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas a jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano».[86]
España	Ley de Arbitraje de 2003 (actualizada al 2011)	Artículo 9 «6. Cuando el arbitraje es internacional, el acuerdo arbitral será

85 DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta; CANDELA SÁNCHEZ, César y Milan PEJNOVIC DELGADO. *Op. cit.*, pp. 161-162.

86 Disponible en <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/377449/DL-1071-ley-que-norma-el-arbitraje.pdf>.

		válido […] si cumple(n) los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español».[87]
Argelia	Código de Procedimientos Civiles y Administrativos de 1966	Artículo 1040 «En relación con el acuerdo arbitral, este será válido si se ajusta a […] la ley aplicable a las materias en discusión o […] la ley que el árbitro considere apropiada».[88]
Suiza	Ley de Arbitraje suiza de 1987	Artículo 178 «Además, un acuerdo arbitral es válido si se ajusta a […] la ley aplicable a las materias en discusión, en particular al contrato principal o a la ley suiza».[89]

El principio de validación ha sido aplicado en importantes decisiones de tribunales arbitrales internacionales, como la CCI, en el Caso CCI n.º 6162 de 1990 - Consultant vs. Egyptian Local Authority. En su laudo final, la CCI decidió aplicar la Ley suiza,[90] ley de la sede del

87 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-23646-consolidado.pdf>.

88 Disponible en <https://www.iaa-network.com/wp-content/uploads/2013/07/Algerian-Arbitration-Law.pdf>. Traducción libre de las autoras.

89 Disponible en <https://www.iaa-network.com/wp-content/uploads/2013/07/Switzerland-Arbitration-Law.pdf>.Traducción libre de las autoras.

90 XVII *Y.B. Comm. Arb*, 153, 160-62.

arbitraje, para determinar la validez del acuerdo arbitral y no aplicó la ley que regía el contrato principal, en tanto dicha ley hubiera determinado la nulidad de dicho acuerdo.[91]

2.2.2. Tendencia que viene del siglo XX y continúa su aplicación en el siglo XXI: consagrar factores o criterios subsidiarios predeterminados con base en conexiones fijadas por el legislador o privilegiadas por la jurisprudencia de los tribunales y cortes de los Estados

Los profesores Delgado y Pejnovic[92] destacan cuáles son los criterios subsidiarios más usados y la relevancia de cada uno de ellos, los que sintetizamos a continuación.

2.2.2.1. La misma ley aplicable al contrato principal

Al respecto se han destacado sus ventajas y desventajas. A continuación, resumimos las principales.

LA LEY DEL CONTRATO PRINCIPAL COMO FACTOR DE CONEXIÓN SUBSIDIARIO A LA VOLUNTAD DE LAS PARTES PARA REGIR LA VALIDEZ SUSTANTIVA DEL ACUERDO ARBITRAL	
Principales ventajas	**Principales desventajas**
1. Asegura la unidad del régimen concerniente a las relaciones entre las partes.	1. Pone de lado el principio de separabilidad del acuerdo arbitral.

91 DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta; CANDELA SÁNCHEZ, César y Milan PEJNOVIC DELGADO. *Op. cit.*, p. 158.

92 DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y Milan PEJNOVIC DELGADO. «A prueba de balas. El principio de validación como mecanismo de protección del arbitraje». *Op. cit.*, pp. 62-65.

2. Limita la posibilidad de conflicto de leyes y de complicaciones.	2. Contradice el artículo V(1)(a) de la Convención de Nueva York de 1958 y los artículos 34 y 36 de la Ley Modelo CNUDMI, que privilegian la ley de la sede arbitral como factor de conexión subsidiario.

La aplicación de este factor ha sido apoyada por parte importante de la doctrina y tiene entre sus defensores a los profesores Blackaby, Partasides, Redfern y Hunter, quienes aducen que al ser la cláusula arbitral solo una de las muchas cláusulas del contrato, es sensato que la ley elegida por las partes para regir el contrato sea la que regule también la cláusula o acuerdo arbitral.[93]

Esta fórmula también ha tenido gran respaldo de la jurisprudencia, habiendo sido acogida en múltiples decisiones de tribunales arbitrales y cortes judiciales, tales como:

- La decisión del tribunal arbitral de la CCI en el caso n.º 6840 de 1997, la cual consideró razonable y natural someter la cláusula arbitral a la misma ley que rige el contrato principal.[94]

- La decisión de la Corte de Apelaciones de la Haya (Holanda) en el caso Owerri Commercial Inc. vs. Dielle SRL de 1993, la cual destacó que, salvo circunstancias especiales, las partes, de manera general, prefieren someter la validez de la cláusula arbitral a la misma ley a la que se encuentra sometida el contrato del cual esta es parte.[95]

---

93 BLACKABY, Nigel; REDFERN, Alan y Martin HUNTER y otros (editores). *International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2009, quinta edición, pp. 3.-12.

94 ARNALDEZ, Jean-Jacques; DERAINS, Yves y Dominique HASCHER. *Collection of ICC Arbitral Awards. Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1991-1995*. The Hague : Kluwer Law International, 1997, pp. 467-469.

95 XIX Y.B. *Comm. Arb.* 703, 706 (1994).

- La decisión de la Corte Suprema de Inglaterra en el caso Svenska Petroleum Exploration AB vs. Lituania de 2005, la cual consideró que, salvo circunstancias excepcionales, la ley aplicable a la cláusula arbitral debe ser la misma a la ley aplicable al contrato del cual forma parte.[96]

El respaldo brindado por la doctrina y la jurisprudencia a este factor de conexión ha determinado su inclusión en la versión tentativa n.º 2 del 2012 del Restatement (Third) US Law of Internacional Commercial Arbitration, donde se señala que, si las partes no han acordado la ley aplicable al acuerdo arbitral, se le aplica la ley que rige al contrato principal.[97]

2.2.2.2. La ley de la sede del arbitraje

Este factor postula la aplicación de la ley del lugar donde habrá de desarrollarse el arbitraje, el cual usualmente coincide con el lugar donde el laudo es emitido. Es un criterio que tiene una significativa acogida en las leyes y reglamentos de arbitraje hoy vigentes. Sobre este criterio, también se han destacado ventajas y desventajas, las mismas que resumimos en el cuadro que se muestra a continuación.

LA LEY DE LA SEDE DEL ARBITRAJE COMO FACTOR DE CONEXIÓN SUBSIDIARIO A LA VOLUNTAD DE LAS PARTES PARA REGIR LA VALIDEZ SUSTANTIVA DEL ACUERDO ARBITRAL	
Principales ventajas	**Principales desventajas**
1. La sede del tribunal es el lugar que representa vínculos más estrechos con el arbitraje, es decir que la	1. Se fija puramente en los aspectos procedimentales del arbitraje y deja de lado su carácter contractual.

96 EWHC 2437, p 76 (Comm).
97 Restatement (Third) U.S. Law of International Commercial Arbitration p 4-14, comment b (Tentative Draft No. 2 2012).

sede tiene la relación más importante con la relación jurídica creada por el contrato de arbitraje. 2. Asegura el respeto de las reglas del Estado de la sede del arbitraje que son estrictamente imperativas y que las partes no pueden derogar, pues representan el derecho que todo Estado se reserva para controlar en cierta medida las operaciones de arbitraje y de revisar las sentencias arbitrales o de pronunciar su nulidad.[98]	2. Combina la ley aplicable al acuerdo arbitral con la ley aplicable al procedimiento arbitral (*lex arbitri).*[99] 3. Dificultad para determinar cuál es la sede del tribunal arbitral, porque son muchos los casos donde el arbitraje es muy difícil de localizar. 4. El carácter muchas veces accesorio, arbitrario o ficticio de esta conexión en ciertos casos de arbitraje internacional. 5. Asimila el arbitraje internacional a un proceso estático, interno, confundiendo el *vínculo geográfico* con el *vínculo jurídico*, que son dos caracteres fundamentales del arbitraje internacional.[100]

Este factor de conexión tiene también respaldo de un gran sector de la doctrina y de la jurisprudencia que se oponen a la aplicación de la ley del contrato principal ante la ausencia de pacto entre las partes respecto de la ley aplicable al acuerdo arbitral, privilegiando en su lugar el empleo de ley de la sede del arbitraje. Esta es la opción seguida por la Convención de Nueva York de 1958 (artículo V, inciso a) y por la de Ginebra de 1961 (artículos VI y IX). Esta es también la fórmula adoptada por la Ley de Arbitraje peruana (artículo 75, numeral 2, inciso a) al referirse a la ley aplicable a la validez del convenio arbitral en ausencia de elección por las partes, en el marco del procedimiento de *exequatur* de los laudos arbitrales extranjeros.

98 DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta; CANDELA SÁNCHEZ, César y Milan PEJNOVIC DELGADO. *Op. cit.*, pp. 167-168.

99 DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y Milan PEJNOVIC DELGADO. «A prueba de balas. El principio de validación como mecanismo de protección del arbitraje». *Op. cit.,* p. 64.

100 DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta; CANDELA SÁNCHEZ, César y Milan PEJNOVIC DELGADO. *Op. cit.*, pp. 167-168.

Este criterio ha sido recogido por diversas leyes de arbitraje como la Ley de Suecia de 1999, la cual dispone en su artículo 48 (y también en el artículo 54.1) que a falta de pacto entre las partes, el acuerdo arbitral se regirá por la ley del país en el cual el laudo ha sido o será emitido. Por su parte, la Convención Europea sobre arbitraje comercial de 1961 (conocida como Convención de Ginebra) establece, en su artículo VI(2), que, a falta de pacto de las partes, la validez de la cláusula arbitral será determinada por la ley del lugar donde el laudo será emitido.

En el mismo sentido, algunos reglamentos de instituciones arbitrales, como el de la London Court of International Arbitration (LCIA) (artículo 16.4), también han optado por la aplicación de la ley de la sede arbitral a falta de pacto de las partes.[101]

Como se muestra a continuación, esta fórmula también ha tenido acogida por un sector de la jurisprudencia, habiendo sido aplicada en múltiples decisiones de tribunales arbitrales y cortes judiciales donde los juzgadores, a la falta de pacto de las partes, han aplicado la ley de la sede arbitral a la validez del acuerdo arbitral. Entre ellas figuran las siguientes.[102]

- La decisión del tribunal arbitral del Caso CCI n.º 6162 de 1992 y la del Caso CCI n.º 1507 de 1970 en sus laudos finales.[103]

- La decisión de la Corte Federal Suiza del 2 de octubre de 1931.[104]

---

101 BRAVO ABOFALIA, Luis. «La ley aplicable a la validez, interpretación y alcance del convenio arbitral: efectos sobre su extensión a los no signatarios». En *Revista del Club Español del Arbitraje*, 2018, n.º 32, p. 54. Recuperado de <https://www.researchgate.net/publication/333249549>.

102 DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta; CANDELA SÁNCHEZ, César y Milan PEJNOVIC DELGADO. *Op. cit.*, pp. 167-182.

103 Caso CCI ICC 6162 de 1990 y Caso CCI ICC 1507 de 1970 (2001, XXVI *Y.B. Comm. Arb.*, 291).

104 *DFT* 57 I 295.

- La decisión de la Corte Distrital de Rotterdam del 24 de noviembre de 1994 y la decisión de la Corte Superior de Tokyo del 30 de mayo de 1994.[105]

- La decisión de la Corte Suprema de la India en el caso Citation Infowares Ltd. C. Equinox Corp de 2009.[106]

Diversas decisiones de las cortes inglesas, las que han adoptado incluso una presunción de que, en ausencia de pacto de las partes, la ley aplicable al acuerdo arbitral es la de la sede arbitral.[107]

FACTORES SUBSIDIARIOS IMPUESTOS POR LAS NORMAS DE CONFLICTO PARA DETERMINAR LA LEY APLICABLE AL ACUERDO ARBITRAL A FALTA DE PACTO ENTRE LAS PARTES[108]		
País	**Ley/Código/Jurisprudencia/ Convención**	**Aplicación de la ley de la sede arbitral a la validez sustantiva del convenio arbitral**
Escocia	Ley de Arbitraje de 2010	Artículo 6 «Cuando (a) las partes de una cláusula arbitral acuerden que un arbitraje bajo dicha cláusula tendrá como *sede Escocia*, pero (b) la cláusula arbitral no especifica qué ley se le aplicará, salvo que las partes acuerden algo distinto, la ley aplicable a la cláusula arbitral será la *Ley Escocesa*».[109]

105 XX *Y.B.* Comm. Arb. 745, 747.
106 7 *SCC 220* p.15.
107 BORN, Gary B. *Op. cit.*, p. 586.
108 DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta; CANDELA SÁNCHEZ, César y Milan PEJNOVIC DELGADO. *Op. cit.*, pp. 167-182.
109 Disponible en <https://wipolex.wipo.int/es/text/308766>. Traducción libre de las autoras.

Australia	Ley de Arbitraje de 1974	Artículo 840.1 (A falta de selección de las partes de la ley aplicable), «[…] la validez del acuerdo arbitral se apreciará […] conforme a la *ley del lugar donde fue emitido el laudo*».[110]
Australia	Caso Comandante Marine Copr. vs. Pan Australian Shipping Pty Ltd. de 2006 Corte Federal de Australia	«[…] en ausencia de una elección de las partes, *la ley del foro judicial* rige la validez del acuerdo arbitral».[111]
Italia	Ley de Arbitraje de Italia En CPC: título VIII, libro IV, capítulo I	Artículo 834 (A falta de selección de las partes de la ley aplicable), «[…] la validez del acuerdo arbitral se apreciará […] conforme a la *ley del lugar donde fue emitido el laudo*».[112]
Suecia	Ley de Arbitraje de 1999	Artículo 48 «[…] A falta de acuerdo entre las partes, el convenio acuerdo arbitral estará regido por la *ley del lugar donde ha tenido o tendrá su sede el proceso arbitral*». Artículo 54.1 A falta de selección de las partes de la ley aplicable), «[…] la validez del acuerdo arbitral

110 Disponible en <https://www.iaa-network.com/wp-content/uploads/2013/07/Australia-Arbitration-Law.pdf>. Traducción libre de las autoras.

111 FCAFC 192.

112 Disponible en <https://www.iaa-network.com/wp-content/uploads/2013/07/Italy-Arbitration-Law.pdf>. Traducción libre de las autoras.

		se apreciará […] conforme a la *ley del lugar donde el laudo fue emitido*».[113]
Turquía	Ley de Arbitraje Internacional de 2001	Artículo 4 «La validez del acuerdo arbitral se encuentra regida […] a falta de una elección, por la *Ley de Turquía*».[114]
China	Interpretación de la Corte Suprema del 26 de diciembre de 2005	«[…] cuando las partes no han determinado una ley aplicable al acuerdo arbitral pero han acordado un lugar para el arbitraje, *la ley del lugar del arbitraje* debe ser la aplicable; y cuando ni la ley aplicable a la cláusula arbitral ni el lugar del arbitraje han sido elegidos o cuando no es claro el pacto de las partes con respecto al lugar del arbitraje, se aplicará la ley del foro de la corte».
Convención internacional con 168 Estados parte	Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras	Artículo V «1. Solo 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 […]: a) […] que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la *ley del país en que se haya dictado la sentencia*».[115]

[113] Disponible en <https://www.iaa-network.com/wp-content/uploads/2013/07/Sweden-Arbitration-Law.pdf>. Traducción libre de las autoras.

[114] Disponible en <https://www.iaa-network.com/wp-content/uploads/2013/07/Turkey-Arbitration-Law.pdf>. Traducción libre de las autoras.

[115] Situación actual de la Convención de Nueva York de 1958 disponible en

2.2.2.3. La ley país con la conexión más estrecha

Esta fórmula se basa en el principio de proximidad y en el de «la relación más significativa« o del «vínculo más estrecho», buscando privilegiar la ley más estrechamente vinculada con el acuerdo arbitral.

En opinión de Chukwumerije,[116] la aplicación del criterio de la conexión más estrecha lleva a la posibilidad de considerar tanto la ley de la sede del arbitraje como la ley que rige el fondo del asunto *(lex causae)*.

El principio de proximidad está consagrado, por ejemplo, en la Ley de Arbitraje alemana de 1998 (artículo 1051 inciso 2), la cual, ante la falta de pacto de las partes respecto a la ley rectora del acuerdo arbitral, dispone aplicar la ley con la cual el litigio tenga vínculos más estrechos. Asimismo, ejemplo de jurisprudencia que se basa en el principio de proximidad, es la decisión en el caso Owerri Commercial Inc. V. Dielle SRL. en la cual la Corte de Apelaciones de La Haya del 4 de agosto de 1993 aplicó la Ley Inglesa, ley de la sede arbitral, por considerarla como la ley con la conexión más estrecha.[117]

Cabe destacar, sin embargo, que el principio de proximidad ha suscitado fuertes opiniones en contra, entre ellas, la incertidumbre —*ex ante* y *ex post*— que podría generar su aplicación ante una eventual elección arbitraria entre la ley de la sede arbitral y la ley del contrato principal.[118]

<https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2>.

116 CHUKWUMERIJE, Okezie. **«**Choice of Law in International Commercial Arbitration». En *Journal of International Marketing*, 1995, n.º 2, vol. 3, pp. 109-111. Recuperado de <https://www.jstor.org/stable/25048598>.

117 XIX Y.B. *Comm. Arb*. 703 (1994).

118 BORN, Gary B. «The Law Governing International Arbitration Agreements: An International Perspective». En *Singapore Academy of Law Journal*, 2014, 26 SAcLJ., p. 832.

3. LAS NORMAS PERUANAS SOBRE LA LEY APLICABLE AL CONTRATO PRINCIPAL Y LA LEY APLICABLE AL CONVENIO ARBITRAL EN EL MARCO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

En lo que atañe a la ley aplicable al contrato principal en el marco del arbitraje internacional, siguiendo las tendencias contemporáneas, las normas peruanas consagran el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes y, a falta de pacto entre los contratantes, dejan en manos del tribunal arbitral la decisión del derecho aplicable, en función de las normas jurídicas que estimen apropiadas (artículo 57 de la Ley de Arbitraje peruana).

Con relación a las normas peruanas que regulan la ley aplicable al acuerdo arbitral, en consonancia con las nuevas tendencias del siglo XXI, estas acogen los tres principios fundamentales antes referidos para determinar la ley aplicable a los acuerdos o convenios arbitrales: (i) el principio de separabilidad del acuerdo arbitral (independencia del acuerdo arbitral respecto del contrato principal); (ii) el principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes para escoger la ley aplicable al contrato principal y al convenio arbitral; y (iii) el principio de validación del acuerdo arbitral que protege la validez sustantiva del acuerdo arbitral (artículo 13.7 de la Ley de Arbitraje peruana). Las normas peruanas sobre el tema se muestran en los cuadros siguientes.

NORMATIVA PERUANA SOBRE LEY APLICABLE AL CONTRATO PRINCIPAL Y AL CONVENIO ARBITRAL EN EL MARCO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL		
LEY APLICABLE AL CONTRATO PRINCIPAL **AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y FACTORES SUBSIDIARIOS PARA DETERMINAR LA LEY APLICABLE AL CONTRATO PRINCIPAL**[119]		
Ley	**Voluntad de las partes** **«principio de autonomía»**	**Sin voluntad de las partes** **«principio de la norma apropiada»**
Ley de Arbitraje peruana de 2008 **(Decreto Legislativo n.º 1071)**	Artículo 57 «En el arbitraje internacional, el tribunal arbitral decidirá la controversia de conformidad con las *normas jurídicas elegidas por las partes* como aplicables al fondo de la controversia».	Artículo 57 «a. Si las partes no indican las *normas jurídicas aplicables*, el tribunal arbitral aplicará las *que estime apropiadas*». «b. El tribunal arbitral […] tendrá en cuenta los usos y prácticas aplicables».

LA LEY APLICABLE A LA VALIDEZ SUSTANTIVA DEL CONVENIO ARBITRAL AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, PRINCIPIO DE VALIDACIÓN Y FACTORES SUBSIDIARIOS		
Ley	**Voluntad de las partes «principios autonomía y validación»**	**Sin voluntad de las partes «principio validación»**
Ley de Arbitraje peruana (Decreto Legislativo n.º 1071)	Artículo 13 «7. Cuando el arbitraje fuere internacional, *el convenio arbitral será válido* y la controversia será susceptible de arbitraje, *si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas a jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano*».	Artículo 13 «7. Cuando el arbitraje fuere internacional, *el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje, si cumplen los requisitos establecidos por […] las normas a jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano*».

119 DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y Milan PEJNOVIC DELGADO. «Lex contractus».*Op. cit*, pp. 118-119.

4. CONCLUSIONES

Con relación a la ley aplicable al contrato principal y al convenio arbitral en el marco del arbitraje internacional, las tendencias más modernas del siglo XXI propugnan lo siguiente:

1. Respecto al rol de la autonomía de la voluntad en la elección de la ley aplicable al contrato principal y en la elección de la ley aplicable al acuerdo arbitral en el marco del arbitraje, el mundo contemporáneo le tiene reservado un papel crucial al principio de autonomía con algunos matices importantes marcados por el principio de separabilidad y el principio de validación. Este último le concede una protección a la voluntad que no ha sido conferida por ningún otro principio. No obstante, y aunque impulsado por una fuerte corriente moderna, aún está en proceso de expansión. Sintetizamos los rasgos más importantes del panorama moderno en el siguiente cuadro:

ROL DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES	
Para determinación de la ley del contrato principal	**Para determinación de la ley aplicable a la validez sustantiva del acuerdo arbitral**
Tendencia moderna siglo XXI **«Principio de la autonomía de la voluntad»** *La voluntad de los contratantes es el factor de conexión privilegiado* y mejor posicionado para determinar la ley rectora del contrato principal. Las normas de conflicto son neutrales y consagran la facultad de las partes de elegir	**Nueva tendencia moderna siglo XXI** **«Principios de separabilidad y de validación»** *La voluntad de los contratantes es el factor de conexión privilegiado* para determinar la ley rectora de la validez sustantiva del acuerdo arbitral *en tanto favorezca dicha validez*. De lo contrario se aplicará la ley que le conceda validez, sea esta la ley del contrato principal o la ley de la sede del arbitraje

la ley rectora de su contrato y la intervención de los factores subsidiarios solo a falta de elección de los contratantes.	Las nuevas normas de conflicto especiales apuntan a proteger la validez del acuerdo arbitral, permitiendo la aplicación alternativa y no jerarquizada de más de una ley, para dar la mayor cantidad de opciones posibles que validen el acuerdo arbitral y la arbitrabilidad de la controversia: la ley elegida por las partes para regir el convenio arbitral, la *lex contractus* e incluso la *lex arbitri*.

4. Respecto a los factores de conexión subsidiarios o supletorios para determinar la ley aplicable al contrato principal y al acuerdo arbitral a falta de pacto entre las partes en el marco del arbitraje internacional, estos reposan sobre tres principios fundamentales: el principio de proximidad y el principio de validación. Sintetizamos los aspectos fundamentales de dichos factores en el siguiente cuadro:

FACTORES DE CONEXIÓN SUBSIDIARIOS A FALTA DE PACTO ENTRE LAS PARTES	
Para determinación de la ley aplicable al contrato principal	**Para determinación de la ley aplicable a la validez sustantiva del acuerdo o convenio arbitral**
Tendencia moderna siglo XXI **«Principio de proximidad»** *Flexibilidad* de los juzgadores *para determinar la ley aplicable en base al derecho más próximo al contrato*. Las normas de conflicto permiten al tribunal elegir a su criterio cuál es el derecho más	**Tendencia moderna siglo XXI** **«Principio de validación o de priorización del criterio de la sede arbitral o de la *lex causae*»** *Flexibilidad* de los juzgadores para determinar la ley aplicable con base en el *derecho que valide el acuerdo*. Nuevas normas de conflicto especiales para proteger la validez del acuerdo arbitral y la

estrechamente vinculado o más apropiado para regular el contrato.	arbitrabilidad de la controversia, permitiendo la aplicación alternativa y no jerarquizada, de más de una ley: la ley elegida por las partes para regir el contrato principal (*lex contractus*), e incluso la ley de la sede del arbitraje (*lex arbitri)*. *Priorización del criterio de la sede arbitral* o el de la *lex causae* (ley del contrato principal) en países que aún no aplican el principio de validación. A falta de pacto entre las partes, algunas normas de conflicto priorizan la aplicación de la ley de la sede arbitral y otras la aplicación de la ley del contrato.

5. Respecto a las normas peruanas sobre ley aplicable al contrato principal y sobre ley aplicable al convenio arbitral en el marco del arbitraje internacional, reposan sobre cuatro principios fundamentales con una influencia decisiva: autonomía de la voluntad, norma más apropiada, separabilidad y validación.

   En lo que atañe a la ley aplicable al contrato principal en el marco del arbitraje internacional, siguiendo las tendencias contemporáneas, las normas peruanas consagran el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes y, a falta de pacto entre los contratantes, dejan en manos del tribunal arbitral la decisión del derecho aplicable en función de las normas jurídicas que estimen apropiadas.

   Con relación a ley aplicable al acuerdo arbitral, en consonancia con las nuevas tendencias del siglo XXI, las normas peruanas acogen los tres principios fundamentales para determinar la ley aplicable a los acuerdos o convenios arbitrales: el principio de separabilidad del acuerdo arbitral respecto del contrato principal; el principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes para

escoger la ley aplicable al contrato principal y también la ley aplicable al convenio arbitral; y el principio de validación del acuerdo arbitral, cuyo objetivo es la protección de la validez sustantiva del acuerdo arbitral mediante la aplicación al mismo de la ley más favorable a su validez entre las alternativas ofrecidas.

5. BIBLIOGRAFÍA

ARNALDEZ, Jean-Jacques; DERAINS, Yves y Dominique HASCHER. *Collection of ICC Arbitral Awards. Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1991-1995*. The Hague : Kluwer Law International, 1997, pp. 467-469.

ASAMI, Etsuko. *Los sistemas del derecho internacional privado japonés y europeo desde una perspectiva comparada*. Tesis para optar el grado de doctor. Madrid: Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 2013.

BERGER, Bernhard y KELLERHALS, Franz. *International and Domestic Arbitration in Switzerland*. Londres - Berna: Sweet &Maxwell, 2010, segunda edición.

BLACKABY, Nigel; REDFERN, Alan y Martin HUNTER y otros (editores). *International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2009, quinta edición, p 3.12.

BORN, Gary B. «Volume 1: International Arbitration Agreements». En *International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2014, segunda edición, pp. 473-586.

BORN, Gary B. «The Law Governing International Arbitration Agreements: An International Perspective». En *Singapore Academy of Law Journal*, 2014, 26 SAcLJ.

BOUZA VIDAL, Nuria. «Aspectos actuales de la autonomía de la voluntad en la elección de la jurisdicción y de la ley aplicable a los contratos internacionales». En *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2004 de la Universidad del País Vasco.* Barcelona, 2005, p. 3. Recuperado de <https://www.ehu.eus/documents/10067636/10729590/2004-Nuria-Bouza-Vidal.pdf/219b674b-5a99-f725-9298-3d939c217b04?t=1539187076000>.

BRAVO ABOFALIA, Luis. **«**La ley aplicable a la validez, interpretación y alcance del convenio arbitral: efectos sobre su extensión a los no signatarios». En *Revista del Club Español del Arbitraje*, 2018, n.º 32. Recuperado de <https://www.researchgate.net/publication/333249549>.

CAIVANO, Roque J. «El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene». En *Derecho y Ciencias Sociales*, octubre 2015., n.º 13. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5278684.pdf>.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. «La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I». En *Textos de derecho internacional privado.* Madrid: Colex.

CHUKWUMERIJE, Okezie. **«**Choice of Law in International Commercial Arbitration». En *Journal of International Marketing*, 1995, n.º 2, vol. 3, pp. 109-111. Recuperado de <https://www.jstor.org/stable/25048598>.

DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta. *Autonomía de la voluntad, ley del contrato y normas internacionalmente imperativas. La ley peruana a la luz de las tendencias del derecho internacional privado contemporáneo*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre*,* 2017.

DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y DELGADO MENÉNDEZ, María del Carmen. «Autonomía y limitaciones de la autonomía de la voluntad en la contratación internacional del siglo XXI: una mirada desde el derecho internacional privado peruano». En *Colección centenario - PUCP*. Lima, 2019, pp. 85-86.

DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y Milan PEJNOVIC DELGADO. «A prueba de balas. El principio de validación como mecanismo de protección del arbitraje». En BULLARD, Alfredo (editor). *Litigio arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva*. Lima: Palestra, 2016, pp. 59-68.

DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y Milan PEJNOVIC DELGADO. «Lex contractus». En COLLANTES, Jorge Luis (director). *Enciclopedia del arbitraje. Segunda parte*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2018.

DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta; CANDELA SÁNCHEZ, César y Milan PEJNOVIC DELGADO. *Introducción al derecho internacional privado.* Conflicto de jurisdicciones, arbitraje internacional y sujetos de las relaciones privadas internacionales. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2015, tomo III, pp. 156-187.

ESPLUGUES MOTA, Carlos. «El arbitraje en Europa: el difícil encaje de una institución floreciente en el proceso de armonización del derecho en la Unión Europea». En CEDEP/ASADIP. *Derecho internacional privado - Derecho de la libertad y el respeto mutuo: ensayos a la memoria de la Tatiana B. de Maekelt*. Asunción: Ediciones y Arte, 2010, pp. 1-24. Recuperado de <https://ssrn.com/abstract=2097270>.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y Elena ARTUCH IRIBERRI. «*Validez y eficacia del convenio arbitral internacional*». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. *Tratado de Derecho arbitral.* Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez - Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, pp. 745-786. Recuperado de

<https://eprints.ucm.es/id/eprint/12809/1/VALIDEZ_Y_EFICANCIA_CONVENIO_ARBITRAL_INTERNACIONAL.pdf>.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. «La Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales a la luz del derecho conflictual internacional». En *Revista de Derecho Privado*, 1997, n.º 24, año 8, pp. 131-132. Recuperado de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/24/tci/tci8.pdf/>.

JARVIN, Sigvard e Yves DERAINS (editores). *Collections of ICC. Arbitral Awards 1974-1985*. La Haya: Kluwer, 1990.

LALIVE, Pierre. «The New Swiss Law on International Arbitration». En *Journal of International Arbitration*, 1998, n.º.2, vol. 5, pp. 2-88.

MEDINA CASAS, Héctor. «La Ley aplicable al pacto arbitral: Incertidumbre en contravía de las bases del Arbitraje Internacional». En *Arbitraje PUCP*, 2016, n.º 6, pp. 142-150. Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/17032>.

PÉREZ FONT, Javier. «La elección implícita de la ley aplicable a la cláusula de arbitraje en el *common law*». En *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2021, n.º 1, vol. 13, pp. 529-551. Recuperado de <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5969. Consulta:04 de julio de 2021>.

POUDRET, Jean y BESSON, Sebastiaen. *Comparative Law of International Arbitration*. Londres: Sweet & Maxwell, 2009, segunda edición.

SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. «Cláusulas compromisorias en los contratos internacionales: una aproximación comparada». En Anuario Hispano-

Luso-Americano de Derecho Internacional, 2009, n.º 23, vol. LXI, p. 43. Recuperado de <https://ihladi.net/wp-content/uploads/2018/02/Clausula-compromisorias-en-los-contratos-internacionales-Una-aproximacion-comparada.pdf>.

TALERO RUEDA, Santiago. «La eficacia del pacto arbitral en los negocios internacionales. Alcances del artículo 11.3 de la Convención de Nueva York». En *Revista de Derecho Privado*, junio 2007, n.º 38, p. 15. Recuperado de <https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri138.pdf>.

VIRGÓS, Miguel. «El convenio arbitral en el arbitraje internacional». En *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, mayo de 2006, n.º 14, pp. 13-28. Recuperado de <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1577/documento/art01.pdf?id=2104>.

WENGER, W. «Artículo 178». En BERTI, S. y otros (editores). *International Arbitration in Switzzerland*. La Haya: Kluwer, 2000.

Convenios, Convenciones y Reglamentos internacionales

Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (CIDIP V), Ciudad de México 1994. Disponible en <http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPV_convencioncontratosinternacionales.htm/>.

Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Disponible en <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2>.

Convención Europea sobre arbitraje comercial internacional de 1961. Disponible en <http://www.asociacioneuropeadearbitraje.org/wp-content/uploads/2019/02/convenio_ginebra_1961.pdf>.

Códigos Civiles, Leyes internas de Derecho internacional privado (DIPr) y Arbitraje. Reglamentos de Arbitraje y Leyes Modelo

Código Civil Argentino de 1869
Ley Argentina Nº 26.994 del 01.10.2014, promulgada el 07.10.2014 que aprueba nuevo título de DIPr del Código Civil y Comercial de la Nación de 2014. Disponible en
<http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf>.

Código Civil Peruano de 1984
Ley Japonesa de DIPr sobre las Normas Generales de Aplicación de las Leyes 78/2006 de 21 de junio. Disponible en
<https://eprints.ucm.es/id/eprint/18138/1/T34237.pdf>.

Ley de arbitraje de Alemania de 1998. Disponible en
<https://www.uv.es/medarb/observatorio/leyes-arbitraje/europa-resto/alemania-ccp-arbitraje-1998.pdf>.

Ley de Arbitraje de Argelia de 2013. Disponible en <https://www.iaa-network.com/wp-content/uploads/2013/07/Algerian-Arbitration-Law.pdf>.

Ley de Arbitraje de Australia de 1974. Disponible en <https://www.iaa-network.com/wp-content/uploads/2013/07/Australia-Arbitration-Law.pdf>.

Ley de Arbitraje de Austria de 2013. Disponible en <https://www.iaa-network.com/wp-content/uploads/2013/07/Austria-Arbitration-Law-1.pdf>.

Ley de Arbitraje de Bélgica de 2013. Disponible en <https://www.iaa-network.com/wp-content/uploads/2017/02/Belgium-Arbitration-Law.pdf>.

Ley de Arbitraje comercial internacional de Bulgaria de 1988. Disponible en
<https://www.iaa-network.com/wp-content/uploads/2013/07/Bulgaria-Arbitration-Law.pdf

Ley de Arbitraje de Dinamarca de 2005. Disponible en
<https://www.iaa-network.com/wp-content/uploads/2013/07/Denmark-Arbitration-Law-1.pdf>.

Ley de Arbitraje de Escocia de 2010. Disponible en
<https://wipolex.wipo.int/es/text/308766>.

Ley de Arbitraje de España de 2003. Disponible en
<https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-23646-consolidado.pdf>.

Ley de Arbitraje de Italia (En CPC Italiano). Disponible en
<https://www.iaa-network.com/wp-content/uploads/2013/07/Italy-Arbitration-Law.pdf>.

Ley de Arbitraje del Perú de 2008. Decreto Legislativo 1071º. Disponible en
<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/377449/DL-1071-ley-que-norma-el-arbitraje.pdf>.

Ley n.º 489-08 sobre Arbitraje Comercial de República Dominicana de 2008. Disponible en
<https://www.iaa-network.com/wp-content/uploads/2013/07/Dominican-Republic-Arbitration-Law.pdf>.

Ley de Arbitraje de Serbia de 2006. Disponible en <https://www.iaa-network.com/wp-content/uploads/2013/07/Serbia-Arbitration-Law.pdf>.

Ley de Arbitraje de Suecia de 1999. <https://www.iaa-network.com/wp-content/uploads/2013/07/Sweden-Arbitration-Law.pdf>.

Ley de Arbitraje de Suiza de 1987. Disponible en <https://www.iaa-network.com/wp-content/uploads/2013/07/Switzerland-Arbitration-Law.pdf>.

Ley de Arbitraje de Turquía de 2001. Disponible en <https://www.iaa-network.com/wp-content/uploads/2013/07/Turkey-Arbitration-Law.pdf>.

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985. Con las enmiendas de 1996. Disponible en <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/07-87001_ebook.pdf>.

Reglamento Suizo de Arbitraje de 2004. Disponible en <https://froriep.com/wp-content/uploads/Jean_Marguerat_Comentario_-_El_nuevo_Reglamento_Suizo_de_Arbitraje_Internacional__La_unification_y_modernizacion_del_a.pdf>.

Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional de 2021. Disponible en <https://www.iccspain.org/wp-content/uploads/2021/05/ICC-2021-arbitration-rules-Spanish-version.pdf>.

Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid de 2020. Disponible en <https://madridarb.com/wp-

content/uploads/2020/04/REGLAMENTO_CIAM_DIGITAL-DEF2.pdf>.

Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres de 1998. Disponible en <http://www.ohadac.com/legislations/47/reglamento-de-la-corte-de-arbitraje-internacional-de-londres-lcia.html?lang=es>.

Reglamento Suizo de Arbitraje Comercial Internacional (en vigor el 1 de enero del 2004). Disponible en <https://froriep.com/wp-content/uploads/Jean_Marguerat_Comentario_-_El_nuevo_Reglamento_Suizo_de_Arbitraje_Internacional__La_unification_y_modernizacion_del_a.pdf>.

EL BALANCE ENTRE LA JUSTICIA PÚBLICA Y LA JUSTICIA PRIVADA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

María Claudia Castro Guillén [*]

Sumario: 1. Introducción.— 2. ¿Cómo se resuelven las controversias en la contratación pública?— 3. La justicia pública del Poder Judicial.— 4. La justicia privada del arbitraje.— 5. Origen del arbitraje en los contratos con el Estado: ¿fenómeno de la huida del derecho administrativo?— 5.1. Naturaleza jurídica del arbitraje.— 5.2. El arbitraje institucional.— 6. Las dos caras de la moneda de la contratación pública: Poder Judicial y arbitraje.— 6.1. ¿Sigue siendo el arbitraje la vía idónea para resolver conflictos en materia de contratación pública?— 6.1.1. Base constitucional.— 6.1.2. Duración del proceso.— 6.1.3. Especialidad.— 6.1.4. Los costos del proceso.— 6.1.5. Transparencia.— 6.1.6. Mala planificación y ejecución de los contratos.— 6.1.7. Corrupción.— 6.1.8. La responsabilidad administrativa y la protección de la Contraloría General de la República.— 6.1.9. Defensa del Estado.— 7. Conclusiones.

[*] Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, aprobada con mención sobresaliente. Adjunta de docencia de derecho administrativo de la misma casa de estudios. Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo.

1. INTRODUCCIÓN

El fenómeno del establecimiento del arbitraje obligatorio para dirimir las controversias surgidas en materia de la Ley n.° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, constituye, en cierta forma, una manifestación del reconocimiento del propio Estado peruano de que no necesariamente los mecanismos habituales de la administración de justicia (Poder Judicial) funcionan de la mejor manera.

Llama la atención que el propio Estado haya reconocido esta situación y haya establecido, de manera invariable desde 1998, la obligatoriedad del arbitraje en los contratos que celebre con particulares. Esta sola constatación podría relevarnos de mayor análisis, aplicando la vieja frase del derecho procesal «a confesión de parte, «relevo de prueba».

Pero resulta necesario ahondar en el tema, en la medida de que el arbitraje en contratación pública no solo se deriva de lo expresado, sino también de políticas generales del Estado peruano, introducidas desde comienzos de los años noventa, favorables a la inversión nacional y extranjera.

Como sabemos, las inversiones se fomentan si es que se crea un clima favorable a ellas, tanto en materia de solución de controversias, como en lo que respecta a estabilidad legislativa.

Es evidente que para cualquier inversionista que provenga de los países exportadores de inversión, conviene mucho más que sus eventuales conflictos sean resueltos en arbitraje; de ahí que, incluso, han proliferado en las cuatro últimas décadas los tratados bilaterales de inversión o tratados de libre comercio, celebrados por el Perú con otros Estados, a efectos de otorgar protección recíproca a los inversionistas nacionales de ambos Estados, cuando realicen inversiones en el Estado del cual no son nacionales.

Esta situación, que ya determina una presencia ineludible del arbitraje de inversión con respecto a los países receptores de la misma, tiene también un correlato en materia de arbitraje interno y, en el Perú, esto se ha visto traducido en el arbitraje en contratación pública.

Ahora bien, podríamos preguntarnos cuál es la razón por la cual el Perú tomó esta decisión con respecto a los arbitrajes obligatorios, cuando ningún otro país la adoptó. A nuestro criterio, esta fue una manifestación de otorgar muestras de confianza a los inversionistas, para que sepan que el propio Estado no intervendría en la administración de justicia de los contratos que el mismo celebrara con terceros, y tal vez, esta situación se haya visto precipitada por el hecho de que el Perú durante las décadas de los setenta y ochenta del siglo XX padeció de medidas intervencionistas del Estado en la economía y de violaciones flagrantes de los derechos de tales inversionistas. Por todo ello, las muestras de confianza resultaban indispensables.

No es que se trate de un repliegue del derecho administrativo, pues el mismo mantiene su estructura y fueros de siempre. De lo que se trata es de facilitar una vía independiente (la arbitral) para solucionar esas eventuales controversias.

No olvidemos que la vía administrativa, en lo que respecta a los recursos impugnatorios propios de la administración pública, sigue incólume. La diferencia radica en que hasta 1997, agotada la vía administrativa, los particulares debían recurrir al proceso contencioso-administrativo en el Poder Judicial, procesos que se caracterizan por ser de prolongada duración.

En virtud de ello, el principal objetivo de esta investigación apunta a responder al cuestionamiento de si es realmente el arbitraje obligatorio la vía más adecuada para resolver los conflictos que se suscitan en el marco de la contratación pública.

En ese sentido, se deberá tomar en consideración las ventajas y desventajas que implica optar por una de estas dos vías jurisdiccionales reconocidas constitucionalmente, y así determinar si el Perú está acercándose a una mejor aplicación de la justicia en materia de contratos públicos.

No obstante, antes de analizar los criterios que nos ayudarán a responder si es el arbitraje obligatorio la vía más adecuada para resolver los conflictos en materia de contratación pública, consideramos necesario que estudiemos cuál es la relación entre el arbitraje, el derecho administrativo y el derecho público. Para efectuar esta explicación, resulta importante que analicemos el fenómeno de la «huida del derecho administrativo».

2. ¿CÓMO SE RESUELVEN LAS CONTROVERSIAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA?

A lo largo de los dos últimos siglos, se fue gestando en Europa el fenómeno de la denominada «huida del derecho administrativo» al derecho privado. Ello se explica a partir de la constatación de que el derecho administrativo del Estado social devino en inviable para los fines de gobernanza en una economía social de mercado. Es decir, se requería de un derecho administrativo más ágil en la ejecución del gasto, en la atención de los servicios, menos proclive al exceso de procedimientos, entre otros aspectos.

A partir de la década de los ochenta del siglo XX, como consecuencia de las propuestas señaladas, diversos países de América Latina empezaron a implementar las políticas de ajuste estructural, modificando sustancialmente sus políticas económicas y reformando el Estado; y, por ende, la administración pública.

El problema es que la modificación se ha efectuado en un ámbito sensible donde en los últimos veinte años la nueva condición jurídica de

la administración pública, consecuencia de la implementación de las políticas de ajuste estructural, permitió el desarrollo de los contratos administrativos y del arbitraje.[1]

En tal sentido, en los últimos veintitrés años, las diferencias derivadas de los contratos públicos se han visto sometidas al fuero arbitral, en virtud del reconocimiento del arbitraje como vía jurisdiccional efectiva.

Sumado a ello, la Ley n.º 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 3 de agosto de 1997, que entró en vigencia el 29 de septiembre de 1998, recogió la observancia obligatoria del referido mecanismo de solución de controversias para resolver de manera más idónea y eficaz los conflictos suscitados entre los particulares y el Estado. Si bien se han producido cambios de matiz, el arbitraje —en materia de contratación pública— es la vía de solución de controversias por excelencia.

A este respecto, Alberto Retamozo[2] señala que la habilitación de sometimiento de controversias derivadas de contratos públicos a la vía arbitral se originó como una manifestación del contexto de la denominada huida del derecho administrativo al derecho privado.

En ese contexto, Sebastián Martín-Retortillo[3] explica que la actuación jurídico-privada no tiene carácter incidental. Por el contrario, se trata de un planteamiento globalizado. Así pues, destaca que este fenómeno está produciendo una profunda mutación en los esquemas orgánicos y operativos de la administración, de manera que se está tratando de establecer un sometimiento casi total de la administración al derecho privado.

---

1 RETAMOZO, A. *Contrataciones y adquisiciones del Estado y normas de control. Análisis y comentarios.* Lima: Gaceta Jurídica, 2018, tomo II, p. 55.

2 *Ibidem*, p. 52.

3 MARTÍN-RETORTILLO, S. «Reflexiones sobre la «huida» del derecho administrativo. En *Revista de la Administración Pública*, 1996, (140), pp. 36-37.

En tal sentido, como base de este planteamiento, se insiste en que se trata de establecer criterios que permitan mayor operatividad en la actuación de las administraciones públicas, pues, eludiendo así las trabas y vinculaciones que pueda ofrecerle la legislación administrativa, puede resultar más eficaz.

El mito de la eficacia implica reconocer que la mecánica operativa del sistema jurídico-administrativo es retardataria, careciendo de flexibilidad precisa, de manera que no garantiza la eficacia de una gestión. Así pues, lo jurídico-administrativo se relega al cuarto de los trastos viejos y, en aras de esa exigible eficacia, con un evidente simplismo, se acude, sin más, a fórmulas jurídico-privadas.[4]

Ahora bien, la exposición de motivos[5] del Decreto Legislativo n.º 1071, que norma la Ley de Arbitraje, sí cumple con brindar alcances sobre lo que se establece en dicha ley. Así pues, establece que, gracias al arbitraje, tenemos una solución de conflictos más rápida y especializada, mayor control de las partes sobre la independencia e imparcialidad de quienes resuelven, mayor control de las partes sobre las reglas del proceso y mayor predictibilidad en las decisiones.

La cultura arbitral contribuye, no solo a resolver conflictos, sino a hacerlo en un entorno eficiente, con una mayor autonomía privada y descargando al sistema judicial del conocimiento de determinadas materias.

Asimismo, en la exposición de motivos se señala que el arbitraje ha permitido reducir el costo y sobre todo el tiempo para la solución de controversias y ha contribuido a reducir significativamente los costos de transacción en la economía. Entre otras ventajas, se ha fomentado así el

---

4 *Ibidem*, pp. 37-38.

5 Cabe precisar que no se trata de un documento oficial. La exposición de motivos a la que se hace referencia fue enviada por la Presidencia del Consejo de Ministros, mediante Oficio n.º 650-2008-DP/SCM, pero no fue publicada por el diario oficial *El Peruano*.

comercio y la inversión, al generar mayor seguridad a los inversionistas y agentes económicos y se ha abierto una válvula de escape del sistema judicial para los litigios comerciales.

En esa misma línea, Mario Castillo y Rita Sabroso advierten que el arbitraje en materia de contratación pública es una situación especial en el contexto de América Latina, porque significó que el Estado peruano era consciente de que el propio Estado no necesariamente resultaba ser el más indicado para administrar justicia sobre sus propios conflictos. Por tanto, se asumió que la vía arbitral era más adecuada que la propia justicia ordinaria para solucionar estas diferencias, dada la duración excesiva de los procesos judiciales relativos a este tema.[6]

De igual manera, Alfredo Bullard[7] afirma que las características de nuestro Poder Judicial condujeron a la creación de una serie de «sustitutos» confiables debido a que la reforma del Poder Judicial resulta tan difícil y toma tanto tiempo, que se prefirió las privatizaciones. En el presente caso, había que crear mecanismos alternativos para generar confianza.

Por su parte, Fernando Cantuarias precisa que arbitrar las controversias generadas en el campo comercial genera mayor seguridad para los ofertantes de los bienes y servicios que consume el Estado, garantizándoles que, de suscitarse una controversia, no se afectaría las condiciones del intercambio, sometiéndose a una instancia con las características del Poder Judicial.[8]

Desde una perspectiva distinta, Ana María Arrarte y Carlos Paniagua advierten que las controversias generadas en el marco de contratos

---

6 CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. *El arbitraje en la contratación pública*. Lima: Palestra Editores, 2009, p. 15.

7 BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos». En *Revista Peruana de Arbitraje*, 2006, (2), p. 166.

8 CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Participación del Estado peruano en arbitrajes comerciales». En *Advocatus*, 2002, (7), p. 192.

públicos deberían ser resueltas por un Poder Judicial autónomo e independiente, de jueces capacitados, a quienes se les respete la especialización en determinadas materias, y se les otorgue una carga procesal razonable que les permita resolver de manera pronta.[9]

Ante estas dos posiciones (positiva y negativa) acerca del desempeño del Poder Judicial, Martín-Retortillo[10] precisa que se debe reconocer que el sistema jurídico-administrativo impone —ciertamente— un operar «procedimentalizado» que cabe considerar retardatario y carente de eficacia. Por ello, cabe afirmar que el permanente y reiterado recurso a las fórmulas jurídico-privadas, a la postre, no ha respondido sino a la finalidad de eludir controles, con el fin de que así el poder público no se viera limitado en su actuar.

En suma, se observa que existen posturas que consideran que el arbitraje es la vía idónea para resolver las controversias en materia de contratación pública, dados los problemas que se presentan en la vía judicial como el retardo o la supuesta falta de garantías que ofrece el Poder Judicial.

Frente a ello, también se podría considerar que lo central no es tanto la existencia del arbitraje, sino la falta de atención del Estado en el empoderamiento de instituciones como el Poder Judicial.

Así pues, la solución pasa por reforzar las instituciones existentes, brindándoles mayor capacidad y autonomía, de manera tal que el Estado se encuentre en condiciones óptimas de poder resolver sus conflictos y no en desventaja frente al arbitraje.

---

9 ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María & C. PANIAGUA. «Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra». *Advocatus*, 2007, (16), p. 182.

10 MARTÍN-RETORTILLO, S. *Op. cit.*, p. 39.

En materia de contratación pública, los mecanismos de solución de controversias establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado son los siguientes: i) conciliación, ii) arbitraje institucional, iii) arbitraje *ad-hoc*, iv) junta de resolución de disputas, y, v) Poder Judicial.

Cabe precisar que, para este último caso, solo se recurre a la vía ordinaria en lo que respecta a la aprobación de ejecución de prestaciones adicionales, y a 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.

Para efectos del presente artículo, nos interesa estudiar y comparar el arbitraje institucional y el Poder Judicial.

3. LA JUSTICIA PÚBLICA DEL PODER JUDICIAL

El Poder Judicial es uno de los tres poderes del Estado, cuyos funcionarios se encargan de aplicar normas y principios jurídicos para la resolución de conflictos. Así pues, el Poder Judicial está regulado en el capítulo VIII (del artículo 138 al 149) de la Constitución Política del Perú y por el Decreto Supremo n.º 017-93-JUS, el cual aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, «TUO de la LOPJ»), siendo autónomo en su ejercicio funcional en diversos ámbitos: político, administrativo, económico, disciplinario e independiente en lo jurisdiccional.

El referido TUO de la LOPJ[11] establece en su artículo 1 que el Poder Judicial posee la potestad exclusiva para administrar justicia:

11 Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo n.º 017-93-JUS.

> Artículo 1.- «La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con sujeción a la Constitución y a las leyes.
>
> *No existe ni puede instituirse jurisdicción alguna independiente del Poder Judicial, con excepción de la arbitral* y la militar». (El resaltado es nuestro)

Al respecto, cabe precisar que ninguna autoridad, cualquiera sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede abocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional.

No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo la responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso.[12]

Para los actos administrativos, la vía para solucionar los conflictos que puedan originarse es la acción contencioso-administrativa, prevista en el artículo 148 de la Constitución Política, que tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la Administración Pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados.[13]

En ese sentido, cumpliendo los requisitos expresamente aplicables a cada caso, procede la demanda contra toda actuación realizada en ejercicio de potestades administrativas.

En lo que respecta a la presente investigación, debemos señalar que son impugnables ante el Poder Judicial las actuaciones u omisiones de la Administración Pública respecto de la validez, eficacia, ejecución o

---

12 Artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo n.º 017-93-JUS.

13 Artículo 1 del Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27584, Ley que regula el proceso contencioso-administrativo.

interpretación de los contratos de la Administración Pública, con excepción de los casos en que es obligatorio o se decida, conforme a ley, someter a conciliación o arbitraje la controversia.[14]

La potestad jurisdiccional del Estado se remonta al siglo XVIII, época desde la cual el Estado se ha organizado de tal manera que los órganos legislativo, ejecutivo y judicial comparten estas potestades a efectos de que ninguno pueda hegemonizar el poder tiránicamente.[15]

El Poder Judicial está estructurado con los siguientes órganos de función jurisdiccional:

- La Corte Suprema de Justicia de la República, con jurisdicción sobre todo el territorio nacional. Se organiza en salas para la administración de justicia.

- Las cortes superiores de justicia, en los respectivos distritos judiciales. También se organizan en salas.

- Los juzgados especializados y mixtos, en las provincias respectivas. Estos juzgados pueden ser civiles, penales, de trabajo, agrarios y de familia.

- Los juzgados de paz letrados, en la ciudad o población de su sede.

- Los juzgados de paz.

Una característica importante de la administración de justicia por el Poder Judicial consiste en que sus resoluciones o sentencias finales ad-

---

14 Artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27584, Ley que regula el proceso contencioso administrativo.

15 RUBIO CORREA, M. *El sistema jurídico. Introducción al derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, 10.ª ed., p. 161.

quieren la calidad de cosa juzgada y, una vez que han llegado a tal situación, deben ser ejecutadas y cumplidas sin demora ni modificaciones. Ello otorga al Poder Judicial la última y definitiva decisión en el ejercicio de la potestad jurisdiccional en las materias que son de su competencia.[16]

El aporte que hace el Poder Judicial al derecho es muy importante porque al administrar justicia aplica las normas jurídicas (que en su redacción solo contienen formulaciones abstractas) a los casos concretos que, por su propia naturaleza, están llenos de matices y particularidades. De esta manera, el Poder Judicial recrea constantemente el derecho, enriqueciéndolo en base a su criterio de juzgador, cosa que se formula a través de la jurisprudencia como fuente de derecho.[17]

En ese sentido, en lo que respecta a la solución de controversias que puedan suscitarse en la contratación pública, el proceso contencioso-administrativo está reservado para aquellos conflictos que se deriven de la etapa previa a la ejecución del contrato.

El proceso contencioso-administrativo en el Perú está expresamente consagrado en el artículo 148 de la Constitución, como mecanismo para el control judicial de la legalidad de la actividad de la Administración Pública, mediante el cual los ciudadanos pueden acudir ante el Poder Judicial cuestionando las decisiones administrativas que afecten sus derechos e intereses.[18]

Como explicaremos en la siguiente sección, actualmente, para los conflictos generados en la ejecución de los contratos públicos, el arbitraje representa la vía más utilizada debido a su expreso mandato legal.

---

16 *Ibidem*, p. 52.

17 *Ibidem*, p. 53.

18 DANÓS, J. (2005). «Panorama general del derecho administrativo en el Perú». En González-Varas Ibáñez, S. y F. Villalba Pérez (coords.). *El derecho administrativo iberoamericano,* pp. 601-602.

No obstante, antes de la promulgación y entrada en vigencia de la Ley n.º 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, cuando se generaba algún conflicto entre el Estado y un contratista con motivo de la realización de una obra pública el afectado podía impugnar dicha decisión del Estado ante un tribunal administrativo denominado «Consejo Superior de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas», cuya resolución a su vez podía ser cuestionada ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso-administrativo.[19]

En esa misma línea, debemos resaltar que el antecedente de la actual Ley de Contrataciones del Estado es el «Reglamento Único de Adquisiciones para el suministro de bienes y prestación de servicios no personales» (RUA), aprobado por Decreto Supremo n.º 065-85-PCM, y el «Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas» (Rulcop), aprobado por Decreto Supremo n.º 034-80-VC. Al respecto, cabe precisar que dichas normas no contemplaron al arbitraje como mecanismo de solución de controversias en los contratos públicos.

En la referida normativa se reguló los recursos impugnativos, los cuales eran resueltos por el Consejo Superior como última instancia administrativa. Posteriormente, estas controversias podían ser discutidas en el Poder Judicial, en el juzgado contencioso-administrativo. Como sabemos, estos reglamentos no incluyeron en sus disposiciones la posibilidad de acceder a la solución de los conflictos por la vía del arbitraje. Sin embargo, debemos precisar que, desde noviembre de 1992, la Ley General de Arbitraje señaló que podían someterse al arbitraje las controversias del Estado, de sus dependencias y demás personas de derecho público, siempre que deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o naturaleza contractual.

No obstante, lo que sí estaba reconocido en el Rulcop, es que el Código Civil era de aplicación supletoria a los contratos de ejecución de

19 *Ibidem*, p. 620.

obras públicas suscritos bajo la vigencia de este reglamento, en aquello que resulte compatible con la naturaleza de estos contratos públicos.

Es así que el arbitraje fue ganando reconocimiento para poder ser considerado como la vía adecuada para resolver los conflictos derivados de contratos del Estado, historia que continuaremos desarrollando en la siguiente sección.

4. LA JUSTICIA PRIVADA DEL ARBITRAJE

En el ámbito de la contratación pública, la conciliación y el arbitraje han sido establecidos como mecanismos alternativos de solución de conflictos, de manera que se logre poner término, eficientemente, a las controversias que se generen en la etapa de ejecución de contratos celebrados entre el Estado y sus proveedores.[20]

Fraga Pittaluga afirma que el arbitraje administrativo es el mecanismo por el cual la administración pública puede pactar con los administrados que sus diferencias sean resueltas por árbitros.[21]

Asimismo, César Rubio, citando a Ignacio Granado, define al arbitraje administrativo como aquel mecanismo mediante el cual la administración pública en cualesquiera de sus manifestaciones y los administrados, pueden pactar que sus diferencias, surgidas en las materias de su libre disposición o en aquellas expresamente señaladas por ley, sean resueltas por árbitros mediante un laudo que tiene la eficacia de la cosa juzgada, excluyendo así el asunto concreto del conocimiento de los órganos jurisdiccionales competentes.[22]

---

20 Contraloría General de la República. «El arbitraje en las contrataciones públicas durante el periodo 2003-2013», p. 13. Recuperado de http://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/estudio/Estudio-Arbitraje-Online.pdf.

21 FRAGA, L. *El arbitraje en el derecho administrativo*. Torino, 2000, p. 48.

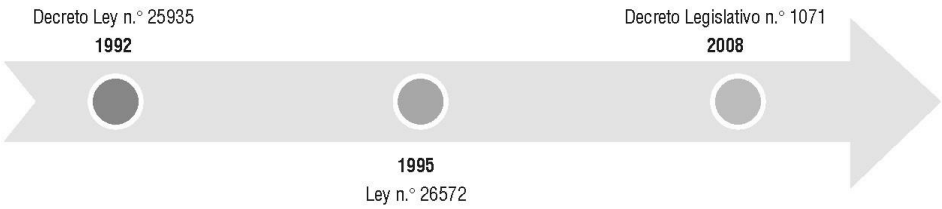
22 RUBIO, C. *Solución de controversias y régimen sancionador en la contratación estatal*. Lima: Gaceta Jurídica, 2013, p. 151.

En la misma línea, Juan Rosa advierte que en el arbitraje administrativo una de las partes intervinientes es una entidad de la administración pública y la controversia es sometida a normas de derecho público antes que a normas de derecho privado.[23]

Al respecto, debemos señalar que el arbitraje en el Perú ha tenido un desarrollo normativo preponderante en el ámbito privado, pero, como venimos señalando, también el Estado ha incluido al arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de conflictos.

A efectos de explicar de manera secuencial la dación de normas referidas a esta materia, hemos realizado el siguiente gráfico, el cual recoge las normas más importantes en el periodo 1992 al 2008 (ver gráfico n.º 1).

Gráfico n.º 1: Línea de tiempo de la Ley de arbitraje



Elaboración propia

El arbitraje fue regulado por primera vez con una ley autónoma a través del Decreto Ley n.º 25935, que en 1992 aprobó la Ley General de Arbitraje, y que derogó los capítulos de cláusula compromisoria y compromiso arbitral que contenía el Código Civil de 1984 (artículos 1906 a 1922).

23 ROSA, J. *El arbitraje administrativo*. Lima: MacGraw Hill, 1998, p. 138.

Posteriormente, en 1995 se derogó el referido dispositivo legal por la primera disposición final de la Ley n.º 26572, la cual estuvo vigente desde el 6 de enero de 1996 hasta el 31 de agosto de 2008. El 1 de septiembre de 2008 entró en vigencia el Decreto Legislativo n.º 1071, actual ley de arbitraje.

Por otra parte, en lo que respecta al marco normativo de los contratos públicos, es preciso resaltar que —antes de la década de los ochenta— no existía un régimen general que regule los procedimientos sobre contratación de bienes, servicios y obras para todas las entidades de la administración pública.

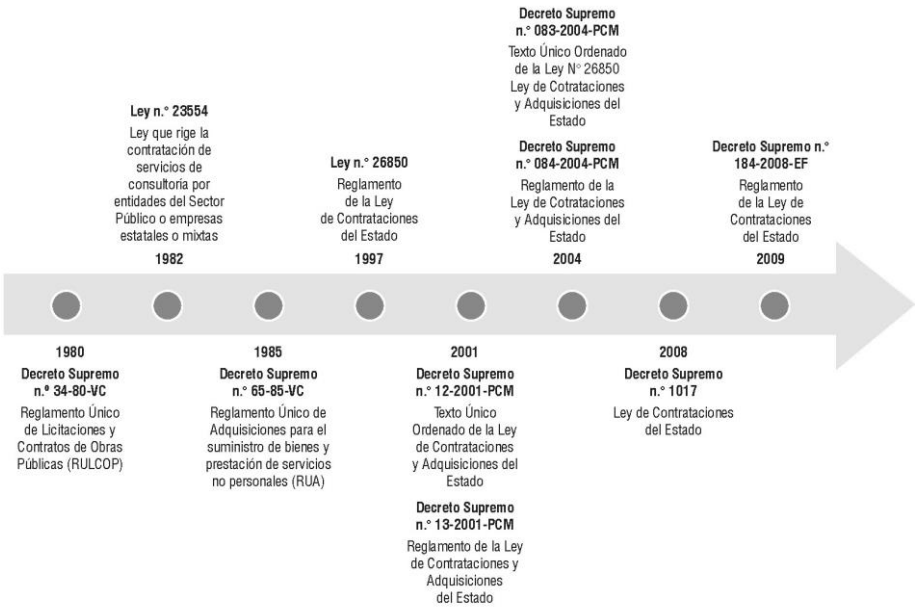
No obstante, posteriormente se promulgó una serie de normas que fueron evolucionando hasta llegar a aquellas vigentes en contratación pública: la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo n.° 344-2018-EF.

Así, pues, observemos esta evolución (gráficos n.os 2 y 3).

En ese sentido, es recién hacia finales de 1980 que se publica el Decreto Supremo n.º 034-80-VC, que aprueba el Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas.

No obstante, en razón al contexto de la «huida del derecho administrativo» al derecho privado, se dio inicio al denominado arbitraje administrativo. Al respecto, debemos resaltar lo dispuesto por las Constituciones Políticas de 1979 y de 1993.

Gráfico n.º 2: Línea de tiempo de la normativa de contratación pública (1980-2009)

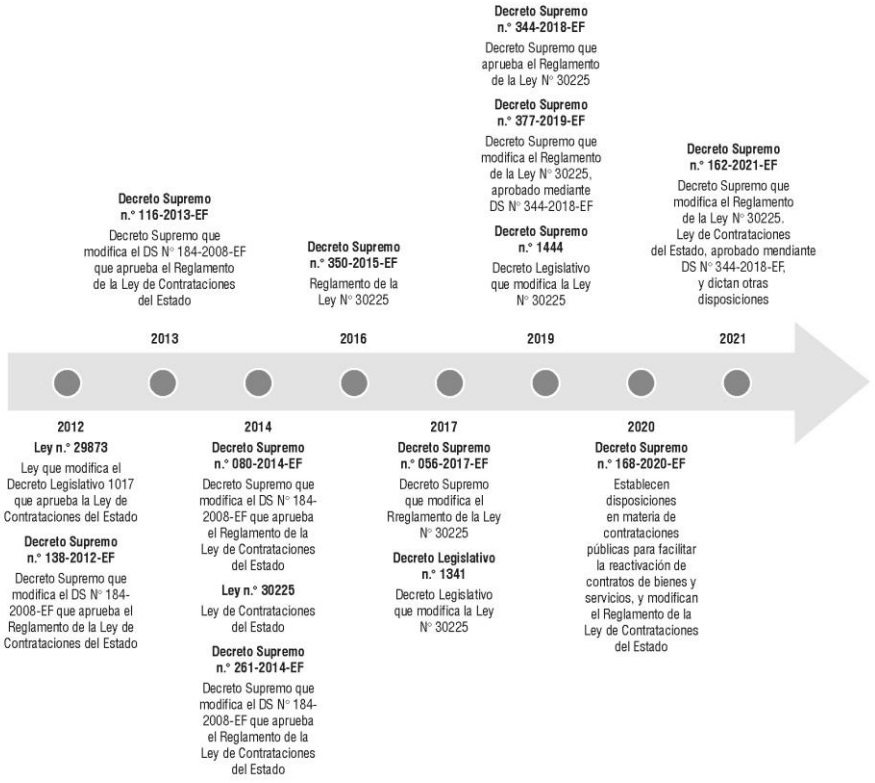


Elaboración propia

La Constitución Política de 1979 señala, en su artículo 136, que «el Estado y las personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de contratos con extranjeros a tribunales judiciales o arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales es parte el Perú».

Por su parte, la Constitución Política de 1993 señala, en su artículo 63, que «el Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley».

Gráfico n.º 2: Línea de tiempo de la normativa de contratación pública (2012-2021)



Elaboración propia

De los textos citados podemos inferir que en 1979 todavía se reservaba el arbitraje para aquellos contratos celebrados con personas jurídicas extranjeras, mientras que desde 1993 se abrió la posibilidad de que el Estado someta sus controversias a los tribunales arbitrales nacionales.

En noviembre de 1992 se promulgó el Decreto Ley n.º 25935, Ley General de Arbitraje, en el cual se estableció el rol del Estado en este aspecto:

> Artículo 1.- «[…]
>
> *Pueden igualmente someterse a arbitraje […] las pretensiones y controversias* referentes a bienes muebles o inmuebles o a obligaciones *del Estado y de sus dependencias*, de los Gobiernos Central, Regional y Local, y de las demás personas de derecho público, *siempre que deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual.* En estos casos el arbitraje será necesariamente de derecho». (El resaltado es nuestro)

Este decreto ley reguló el arbitraje para el Estado, de manera limitada, pues estableció presupuestos que debían cumplirse para habilitar esta vía jurisdiccional. La condición que se dispuso en dicha normativa se centró en que se tratara de controversias derivadas de naturaleza contractual o que deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado.

Posteriormente, la Ley n.º 26572, Ley General de Arbitraje, estableció respecto al arbitraje del Estado, lo señalado a continuación:

> Artículo 2.- «Arbitraje del Estado
>
> Pueden ser sometidas a arbitraje nacional, sin necesidad de autorización previa, *las controversias derivadas de los contratos que celebren el Estado Peruano y las personas jurídicas de derecho público con nacionales o extranjeros domiciliados en el país*, inclusive las que se refieran a sus bienes, así como aquellas controversias derivadas de contratos celebrados entre personas jurídicas de derecho público, entre sí**.**
>
> […]». (El resaltado es nuestro)

Del texto citado podemos inferir que en 1995 el Estado estableció de manera más clara la posibilidad de que se resuelvan controversias que surjan de los contratos entre la administración pública y los particulares, sean nacionales o extranjeros domiciliados, a través del arbitraje. Igual habilitación se otorgó para las controversias nacidas de contratos entre las personas jurídicas de derecho público y los privados.

Después, la Ley n.º 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, instauró la cláusula obligatoria del arbitraje como mecanismo de solución de controversias en los contratos de obra:

> Artículo 41.- «Los contratos de obras, de adquisición de bienes o contratación de servicios, *incluirán necesariamente y bajo responsabilidad*, cláusulas referidas a:
>
> […]
>
> b) Cláusula de Solución de Controversias: *Cuando en la ejecución o interpretación del contrato surja entre las partes una discrepancia, esta será definida mediante el procedimiento de* conciliación extrajudicial o *arbitraje*, según lo acuerden las partes». (El resaltado es nuestro)

Así nació la famosa cláusula obligatoria para los contratos del Estado, en aplicación de la cual se podía resolver discrepancias mediante arbitraje.

El artículo 53 del mismo cuerpo legal reforzó la idea del arbitraje obligatorio en materia estatal:

> Artículo 53.- «Solución de controversias
>
> […]
>
> *Las controversias que surjan sobre la ejecución o interpretación del contrato se resolverán obligatoriamente mediante los procedimientos de arbitraje o conciliación*. Si la conciliación concluyera con un acuerdo parcial o sin acuerdo, las partes deberán someterse a arbitraje para que se pronuncie sobre las diferencias no resueltas o resuelva la controversia definitivamente». (El resaltado es nuestro)

Sobre este punto, cabe precisar que actualmente el Texto Único Ordenado de la Ley n.º 30225 dispone que el arbitraje será la vía por la cual se solucionarán las controversias suscitadas en materia pública. Se prevé

también la conciliación, pero debemos tener presente que, si no se llegara a conciliar, la controversia se solucionará necesariamente en arbitraje.

En el artículo 45 del referido cuerpo normativo se señala que:

> Artículo 45.- «Medios de solución de controversias de la ejecución contractual
>
> 45.1 *Las controversias* que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato *se resuelven, mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes*. En el reglamento se definen los supuestos para recurrir al arbitraje *ad hoc*. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.
>
> […]». (El resaltado es nuestro)

A este respecto, resulta importante recordar que, pese a que la normativa vigente señala que las partes pueden optar entre la conciliación y el arbitraje, el Estado casi nunca concilia, por el temor de los funcionarios públicos de ser sancionados por los órganos de control en sus respectivas entidades.

Es por ello que las personas que representan al Estado como parte en un contrato público, prefieren tomar decisiones que podrían llevarlos a arbitrajes innecesarios, a efectos de que estas mismas decisiones sean dictadas a través de laudos emitidos por los tribunales arbitrales y, así, evitar todo tipo de responsabilidad frente a los órganos de control.[24]

Al iniciar esta reflexión, partimos de la disposición legal que señala que existen diversos mecanismos de solución de conflictos. Pese a ello,

---

[24] GUZMÁN-BARRÓN, C., & R. ZÚÑIGA. «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"». *Arbitraje PUCP*, 2014, (4), p. 99.

se ha evidenciado que, en la práctica, el arbitraje es el mecanismo que se utiliza por la administración pública y los particulares, en caso no se llegase a solucionar la controversia a través de conciliación, mecanismo usualmente contemplado como paso previo u opcional al arbitraje. Pero es evidente que, si no hay acuerdo sobre la controversia, el reclamante tendrá que hacer valer su derecho en arbitraje. Sencillamente no tendrá otro camino.

Esta premisa se encuentra fuertemente vinculada a lo que se conoce en doctrina como el fenómeno de la huida del derecho administrativo. Este fenómeno jurídico nos permite afirmar la utilización de mecanismos privados en tareas que antes exclusivamente se encontraban a cargo del Estado. Así pues, en el Perú, la obligatoriedad del arbitraje en contratación pública supuso una manifestación de este fenómeno.

En las siguientes líneas, buscaremos responder en qué medida el arbitraje constituye un fenómeno de la huida del derecho administrativo peruano. Ello nos permitirá estudiar cómo se originó el sistema arbitral y cuáles fueron los principales motivos para su creación y habilitación en la contratación pública de en nuestro país.

5. ORIGEN DEL ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS CON EL ESTADO: ¿FENÓMENO DE LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO?

El fenómeno en cuestión es definido por Martín-Retortillo[25] como el abandono de procedimientos de actuación administrativa para dar paso a la utilización de fórmulas de derecho privado. En ese sentido, diversas funciones y cometidos de inequívoco carácter público van a ser ejercidos por la administración conforme a procedimientos jurídico-privados, o van a remitirse a organizaciones de carácter privado que, naturalmente, los desempeñan conforme a esos mismos procedimientos.

---

25 MARTÍN-RETORTILLO, S. *Op. cit.*, p. 25.

En palabras de José Carlos Laguna de Paz,[26] la sumisión de la administración pública al derecho privado resulta problemática, pues la elección de las formas y regímenes jurídicos privados no permite garantizar los principios públicos necesarios en toda actuación de la administración. Por tanto, el peligro consistiría en la posibilidad que la administración pública se refugie en el derecho privado para escapar de las vinculaciones que el derecho público específicamente ha creado para ello.

Así pues, el fenómeno de la huida del derecho administrativo nos lleva a pensar si en un Estado de derecho, con el argumento de una mayor eficacia de gestión, es posible cancelar exigencias y vinculaciones, que es a lo que, básicamente, conduce el recurso a las fórmulas jurídico-privadas.[27]

Fritz Fleiner, citado por Martín-Retortillo,[28] calificó como «huida del derecho administrativo» al fenómeno «despublificador», mostrado en el recurso de la Administración hacia formas privadas, cobrando una inusitada dimensión, donde ya no se huye solo del derecho administrativo, sino de los resguardos y garantías para encauzar la actividad administrativa.

En la Europa de la década de los ochenta, comenzaron los intentos de eludir el derecho administrativo y recurrir al derecho privado, debido al crecimiento desmesurado de la sociedad frente a un Estado incapaz de aportar soluciones.[29]

El derecho administrativo en el Perú, siguiendo el modelo español y, a su vez, el francés, se construyó y consolidó basado en un régimen

---

26 LAGUNA DE PAZ, J.C. «La renuncia de la administración pública al derecho administrativo». *Revista de Administración Pública*, 1995 (136), pp. 204-205.

27 *Op. cit*., p. 38.

28 *Ibidem*, p. 21.

29 ESPULGUES, C. *Arbitraje y derecho administrativo: Teoría y realidad.* Valencia: Tirant lo Blanch & P. de la U. de València, 2018, pp. 64-65.

de prerrogativas a favor de la Administración en su calidad de garante del interés público.

Al respecto, cabe precisar que esta construcción no ha sido estática, sino que ha experimentado paulatinamente una evolución respecto a su configuración inicial. Es así que para algunos autores como Carla Espulgues dicha evolución se ha orientado hacia una aplicación indiscriminada del derecho privado.[30]

Sobre este punto, consideramos que no se trata de un alejamiento total del derecho público y derecho administrativo hacia el fuero privado, puesto que las formas, procesos y garantías inherentes al Estado no han sido dejados de lado para aplicar solamente el derecho privado.

Podemos afirmar que el alcance de lo público en la evolución del derecho administrativo se está produciendo por un fenómeno natural de asunción por parte de la sociedad de funciones propias del Estado, al cual se le conoce como «autorregulación privada».[31]

No obstante, ello no implica que el Estado no deba velar por el interés público ni dejar de otorgar garantías para proteger los recursos que se utilizan para llevar a cabo la contratación pública.

En el caso de los arbitrajes en contratación pública, pasamos de someter los conflictos al razonamiento y juicio de un magistrado, a los conocimientos y especialización de un árbitro. Si bien resulta evidente que parte de la sociedad está asumiendo funciones propias del Estado, no se trata de personajes parcializados, que necesariamente van a favorecer al privado, sino de profesionales cuya labor debe ser tan reconocida como la de un juez, y que cuenta con el respectivo respaldo constitucional.

---

30 *Ibidem*, p. 65.
31 *Ibidem*, p. 69.

En tal sentido, advertimos que el derecho administrativo y el derecho público no pueden entenderse como un paquete de normas aplicables únicamente al Estado. Ni tampoco el derecho privado como normas aplicables solamente a los particulares. No sería razonable dividir lo público de lo privado, pues sería como vivir en dos mundos paralelos sin coexistencia. Sabemos que en realidad siempre hay vinculación entre estas ramas del derecho, a efectos de satisfacer las necesidades básicas de la población.

Por tanto, debe insistirse en la posibilidad de aplicación de estas normas entre sí, puesto que cada vez surgen más normas de derecho administrativo y derecho público que están dirigidas tanto al Estado como a los particulares.[32]

En las últimas décadas, la evolución del derecho público se ha visto reflejada en el fenómeno de la privatización de la justicia. Ante esta situación, nace la necesidad de incorporar a esta rama del derecho nuevos mecanismos de resolución de conflictos, entre los cuales destaca el arbitraje.

Se trata de la incorporación de un nuevo concepto de justicia administrativa, la cual ofrece una *multy-doors justice*. Los administrados e incluso las propias entidades pueden gestionar sus conflictos buscando la vía o el medio más adecuado a cada caso en concreto.[33]

Ese sería el caso de los medios alternativos de solución de conflictos propuestos en la normativa de contratación pública peruana. La conciliación, el arbitraje y las juntas de resolución de disputas, son algunos ejemplos de las vías que el Estado y los privados pueden escoger para solucionar sus controversias.

---

32 *Ibidem*, pp. 69-70.
33 *Ibidem*, pp. 139-140.

Sin perjuicio de ello, en algunos casos se ha cuestionado el carácter jurisdiccional del arbitraje por diversos motivos, siendo uno de ellos la ausencia de fuerza ejecutiva de los laudos. No obstante, ello no invalida la esencia de un acto jurisdiccional.

El arbitraje representa un mecanismo privado, el cual podría generar dudas respecto de quién tiene derecho y quién no a resolver controversias, de acuerdo a su juicio. Cabe precisar que, tanto en un proceso judicial, como en un proceso arbitral, es un tercero autorizado por ley, quien se encarga de dirimir el conflicto.

En ese sentido, el nacimiento del arbitraje y la emisión de laudos no implica que el Estado renuncie a la prerrogativa ejecutiva de la justicia, sino que ejecutará lo que es justo, luego de un proceso llevado a cabo, privada o públicamente.[34]

Sobre el particular, debemos advertir que el término «huida» representa un escape, como referencia a la evasión del derecho público hacia los fueros privados. Pero no podríamos arribar en el Perú a similar conclusión, en la medida de que la estructura del derecho administrativo y del derecho público sigue siendo sólida y los recursos a que había lugar en la legislación previa al arbitraje siguen existiendo.

Al respecto, debemos tomar en cuenta que la administración pública habrá de sujetarse a una serie de principios. Así pues, la cuestión estriba en determinar si la aplicación del derecho privado sobre pretexto de conseguir una mayor eficacia en su actuación constituye o no un intento de huir de los procedimientos y principios que han de regir la actuación pública con una consiguiente merma de garantías, es decir, si la «huida del derecho administrativo» es además una «huida del derecho».[35]

---

34 CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El juicio privado: La verdadera reforma de la justicia.* Lima: Palestra Editores, 2006, p. 49.

35 DEL SAZ, S. «La huida del derecho administrativo: Últimas manifestaciones. Aplausos y críticas». *Revista de Administración Pública*, 1994 (133), p. 74.

La huida del derecho administrativo hacia el fuero privado se muestra como una manifestación en la cual no hay control por parte de la administración pública, lo que ocasionaría la vulneración de las garantías. Asimismo, debemos recalcar que —en otros países como España— esta huida se concibe como un fenómeno totalizador, en el sentido de que se huye de la administración pública para refugiarse en el derecho privado y realizar una aplicación indiscriminada de este último.

El arbitraje en el Perú no constituye un mecanismo de solución de controversias que se encuentre exento de regulación, más aún si se trata del arbitraje en contratación pública. Es sabido que la normativa en este tema es específica. En este caso, el arbitraje no contemplaría una huida del derecho administrativo hacia el derecho privado en un cien por ciento, puesto que no se está dejando de lado el Poder Judicial, el cual constituye la vía ordinaria para la resolución de conflictos.

En materia de contratación pública, toda controversia que se genera en la etapa precontractual se resuelve en la vía contencioso-administrativa del Poder Judicial. No obstante, para los casos de controversias que deriven de la ejecución de contratos públicos, estos son resueltos en la vía arbitral. Es por ello que consideramos que el arbitraje no es completamente un fenómeno de la «huida del derecho administrativo», de tal manera que podría interpretarse que es la manifestación de una «huida parcial». No se deja a los privados el manejo de la solución de controversias en este tipo de contratos en su totalidad. Dependerá de la fase de la contratación pública en la que nos encontremos para que los conflictos que se deriven de una u otra fase se resuelvan a través del contencioso-administrativo del Poder Judicial o del arbitraje.

Por consiguiente, de lo que sí puede hablarse es de la voluntad del Estado peruano desde la década de los noventa, de fomentar la inversión nacional y extranjera, de modo tal que el desarrollo de la economía se base fundamentalmente en el esfuerzo y riesgo de los particulares y no en arriesgar recursos estatales.

Entonces, la adopción del arbitraje como medio de solución de controversias constituye una manifestación de esa apertura económica al sector privado y, de ninguna manera, un debilitamiento del derecho público.

5.1. Naturaleza jurídica del arbitraje

El arbitraje constituye un medio de solución extrajudicial de controversias cuyo origen se sitúa en la voluntad de las partes, las cuales —mediante la conclusión de un convenio arbitral— confían la solución de un litigio a un tercero imparcial elegido, directa o indirectamente por ellas mismas. En ese sentido, el arbitraje tiene como fundamento el derecho de defensa de las partes y el principio de igualdad.[36]

Entre partes privadas, el arbitraje tiene carácter consensual, pues se basa en la cultura del acuerdo. Al escoger el arbitraje, las partes optan por un procedimiento privado de solución de controversias, en lugar de acudir a los tribunales ordinarios.[37]

En palabras de Mario Castillo y Ricardo Vásquez,[38] el arbitraje es una manera reaccionaria de administrar justicia, puesto que todo aquello que no funciona —y la centralización de la función jurisdiccional del Estado está atascada hace mucho, incapaz de solucionar los problemas que el hombre presente y sus circunstancias le plantean— da lugar a una reacción.

Podemos decir, como lo hace Fernando de Trazegnies, que el arbitraje se muestra como respuesta ante una decepción de la teoría de la hegemonía del Poder Judicial, debido a la congestión de causas en los tribunales y la ineficiencia que resulta de ello, las complejidades de la

---

36 COLLANTES, Jorge Luis. *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (Comercial y de Inversiones)*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2011, p. 93.

37 *Ibidem*, p. 93.

38 CASTILLO FREYRE, Mario. y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El juicio privado: La verdadera reforma de la justicia.* Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2006, p. 50.

vida comercial moderna que exigen muchas veces conocimientos económicos o tecnológicos avanzados para entender el meollo de una controversia.[39]

En términos generales y no centrados en la administración pública, existe un debate doctrinal en torno a la naturaleza del arbitraje, que ha dado lugar al surgimiento de diferentes teorías:

i. *Las contractualistas o privatistas*: ponen el acento en el acuerdo de voluntades que da origen al convenio arbitral, como manifestación de autonomía de la voluntad, equiparable a lo que sucede en cualquier contrato;

ii. *Las jurisdiccionalistas o procesalistas*: asimilan las funciones de los árbitros a las del órgano judicial, sobre todo, basándose en los paralelismos en cuanto a los efectos que producen los laudos arbitrales con respecto a las sentencias jurisdiccionales;

iii. *Las intermedias o sincréticas*: mezclan las dos anteriores.

Esta última teoría ha sido rebautizada por Mario Castillo y Ricardo Vásquez[40] como teoría realista del arbitraje. En esta tesis ellos sostienen que es imposible negar que el nacimiento del arbitraje solo tiene lugar, en la medida de que los particulares deciden someter sus conflictos al arbitraje, de manera que solamente se ventilará en esta institución una controversia en tanto exista un contrato que faculte la actuación de los árbitros.

Asimismo, esta teoría resalta el objeto y gracia del arbitraje. Este mecanismo alternativo de solución de controversias se desarrolla en un

---

39 DE TRAZEGNIES, Fernardo. Los conceptos y las cosas: Vicisitudes peruanas de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral. En *El arbitraje en el derecho latinoamericano y español.* Libro homenaje a Ludwik Kos Rabcewics Zubkowsky. Lima: Editorial Cuzco, 1989, pp. 546-547.

40 CASTILLO FREYRE, Mario. y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Op. cit.*, p. 48.

proceso que requiere que los actos de los árbitros sean considerados como actos de carácter jurisdiccional, a efectos de que los árbitros tengan la fuerza definitiva de las resoluciones judiciales, como si fueran una sentencia.[41]

No obstante, para efectos de la presente investigación, es preciso señalar el origen del arbitraje en materia de contrataciones del Estado. En 1997 se promulgó la Ley n.º 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, la misma que entró en vigencia el 29 de septiembre de 1998, a través de la cual se dispuso por primera vez la obligatoriedad del arbitraje en los contratos del Estado:

> **Cláusulas obligatorias en los contratos de adquisición y contratación**
>
> Artículo 41.- «Los contratos de obras, de adquisición de bienes o contratación de servicios, incluirán necesariamente y bajo responsabilidad, cláusulas referidas a:
>
> […]
>
> Cláusula de Solución de Controversias: *Cuando en la ejecución o interpretación del contrato, en los casos de Licitación Pública y Concurso Público, surja entre las partes una discrepancia, esta será definida mediante arbitraje que se sujetará a lo establecido en la Ley n.º 26572*. El arbitraje será decidido por un árbitro único o por un Tribunal Arbitral designados; en ambos casos, por acuerdo de las partes y a falta de este será designado por el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. El laudo arbitral será inapelable, definitivo y obligatorio para las partes». (El resaltado es nuestro)

Al respecto, consideramos importante señalar que el arbitraje en contratación pública nació como una cláusula obligatoria para los contratos de obra, de bienes o servicios. Este cambio normativo se da hacia finales de la década de los noventa, por lo que también representa una

41 *Ibid.*

medida que tomó el gobierno de turno para promover la economía e incentivar a los privados a invertir en el Estado y animarlos a contratar con él. Ahora sabemos que una de las formas para que los privados tuvieran una garantía, era pactar estos términos en el contrato administrativo.

A este respecto, cabe resaltar que la citada disposición normativa fue sustituida por el artículo 1 de la Ley n.º 27330, publicada el 26 de julio de 2000. Dicha modificación entró en vigencia el 29 de diciembre de 2004, y su texto es el siguiente:

> […]
>
> b) Cláusula de Solución de Controversias: Cuando en la ejecución o interpretación del contrato surja entre las partes una discrepancia**,** *esta será definida mediante el procedimiento de conciliación extrajudicial o arbitraje, según lo acuerden las partes.*
> […]. (El resaltado es nuestro)

Del texto citado podemos inferir que la novedad que trajo el alumbramiento de un nuevo siglo fue la presentación de la conciliación extrajudicial como mecanismo de solución de controversias en los contratos públicos. Es decir, ya no solo se contaba con el arbitraje como mecanismo alternativo al Poder Judicial, sino que también se podía evitar llegar a estas vías y preferir arribar a un acuerdo con la contraparte.

En esa misma línea, la referida normativa de contrataciones del Estado dispuso que las controversias que puedan surgir en la etapa contractual, referidas a la ejecución o interpretación del contrato, se deberán resolver a través del arbitraje o la conciliación:

> Artículo 53.- «Solución de controversias
>
> Durante el proceso de selección las Entidades están en la obligación de resolver las solicitudes y reclamaciones que formulen los postores con

arreglo a las normas de esta Ley y del Reglamento. El Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado constituye la última instancia administrativa y sus resoluciones son de cumplimiento y precedente administrativo obligatorio.

Las controversias que surjan sobre la ejecución o interpretación del contrato se resolverán obligatoriamente mediante los procedimientos de arbitraje o conciliación. Si la conciliación concluyera con un acuerdo parcial o sin acuerdo, las partes deberán someterse a arbitraje para que se pronuncie sobre las diferencias no resueltas o resuelva la controversia definitivamente.

El arbitraje será resuelto por un árbitro único o por un Tribunal Arbitral designados de conformidad a lo que establezca el Reglamento.

El laudo arbitral será inapelable, definitivo y obligatorio para las partes.

Asimismo se comunicará de inmediato al Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones, quien impondrá las sanciones correspondientes.

Los procedimientos de conciliación y arbitraje se sujetarán supletoriamente a lo dispuesto por las leyes de la materia». (El resaltado es nuestro).

Posteriormente, el 5 de enero de 1996, se publicó la Ley n.º 26572, Ley General de Arbitraje, a través de la cual se precisó los siguientes aspectos sobre el arbitraje del Estado:

Artículo 2.- «Arbitraje del Estado

Pueden ser sometidas a arbitraje nacional, sin necesidad de autorización previa, las controversias derivadas de los contratos que celebren el Estado Peruano y las personas jurídicas de derecho público con nacionales o extranjeros domiciliados en el país, inclusive las que se refieran a sus bienes, así como aquellas controversias derivadas de contratos celebrados entre personas jurídicas de derecho público, entre sí.

Para los efectos de este artículo, el Estado comprende el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y Locales y sus respectivas dependencias.

> Las empresas estatales de derecho privado o de economía mixta pueden acordar libremente y sin requisito de previa autorización que las controversias derivadas de los contratos que celebren con nacionales o extranjeros domiciliados o que se refieran a sus bienes, sean sometidos a arbitraje nacional». (El resaltado es nuestro)

La Ley n.º 26572 dispuso —para el arbitraje con el Estado— que no se necesitaba de autorización previa. Con ello, el Estado peruano, las personas jurídicas de derecho público, así como los nacionales o extranjeros domiciliados en el país que celebren contratos administrativos, podrán recurrir al arbitraje.

Otro de los puntos más relevantes fue la disposición contemplada en el artículo 4 de la Ley, relacionada a la intervención del Poder Judicial, mediante la cual se estableció que las partes podrán someterse en modo exclusivo y excluyente a la jurisdicción arbitral, salvo pacto en contrario.

En lo referido al arbitraje del Estado, se dispuso que las controversias derivadas de los contratos que celebre el Estado peruano con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, podrán ser sometidas a arbitraje internacional:

> Artículo 92.- «Arbitraje del Estado
>
> *Pueden ser sometidas a arbitraje* internacional dentro o fuera del país, libremente y sin requisito de previa autorización, *las controversias derivadas de los contratos que el Estado Peruano y las personas de derecho público celebren con nacionales o extranjeros no domiciliados*, así como las que refieren a sus bienes.
>
> Tratándose de actividades financieras, el arbitraje internacional podrá desarrollarse dentro y fuera del país, inclusive con extranjeros domiciliados.
>
> Para los efectos de este artículo, el Estado Peruano comprende el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y Locales y sus respectivas dependencias.

> Las empresas estatales de derecho privado o de economía mixta pueden acordar libremente y sin requisito de previa autorización que las controversias derivadas de los contratos que celebren con nacionales o extranjeros no domiciliados o que se refieran a sus bienes, sean sometidos a arbitraje internacional dentro o fuera del país.
>
> *En todos los supuestos, el arbitraje deberá realizarse ante una institución arbitral de reconocido prestigio o ante árbitros designados en procedimientos contemplados en tratados, que formen parte del derecho nacional*». (El resaltado es nuestro)

A diferencia de la norma anterior, que regulaba el artículo 92 de la Ley General de Arbitraje, en la modificación normativa se incorporó la disposición para que todo arbitraje deba realizarse ante una institución arbitral de buen nombre. En este punto, se inició la tarea de institucionalizar el arbitraje, característica que al día de hoy sigue fortaleciéndose.

Adicionalmente, resulta oportuno advertir acerca de una modificación relacionada al grado de intervención del Poder Judicial:

> Artículo 97.- «Alcance de la intervención del Poder Judicial
>
> En los asuntos que se rijan por la presente Sección, *no intervendrá ninguna autoridad o instancia del Poder Judicial* salvo en los casos que expresamente así se disponga». (El resaltado es nuestro)

Nuevamente, ante estos casos de sometimiento a arbitraje, la intervención del Poder Judicial queda restringida, salvo en lo que respecta al recurso de anulación de laudo, a medidas cautelares ante proceso y, raras veces, a la actuación de medios probatorios.

El arbitraje nació como un mecanismo de solución de conflictos que se derivan de contratos privados, partiendo de la premisa de respeto por la autonomía de voluntad de las partes. No obstante, la justicia privada fue reconocida constitucionalmente como jurisdicción, equiparando la labor de los magistrados a la de los árbitros.

A lo largo del desarrollo normativo del arbitraje con el Estado, hemos podido evidenciar que la intervención del Poder Judicial en los conflictos que atañen los contratos administrativos es cada vez menor y más acotada. Ello genera que el arbitraje libere de carga procesal a los tribunales ordinarios, quienes se ocupan de otras materias.

5.2. El arbitraje institucional

El arbitraje institucional es aquel que se sigue ante un centro de arbitraje. Tradicionalmente, se ha considerado que este tipo de arbitraje es el más confiable, en la medida de que la institución otorgaría las seguridades de un manejo profesional en la administración del caso, así como una nómina de árbitros debidamente evaluados, a efectos de que puedan ejercer tal función en el respectivo centro.

No obstante, esto no necesariamente es así, en la medida de que, no todos los centros de arbitraje pueden ser catalogados de manera óptima, de modo tal que en el Perú encontramos centros de arbitraje de mucho prestigio y con un gran número de procesos en giro (como el de la Cámara de Comercio de Lima y el de la PUCP), a la par que otros centros arbitraje de reciente o antigua creación que administran muy pocos casos, reflejo, probablemente, de su escaso prestigio en la sociedad.

Existe en el medio arbitral la difundida idea de que los arbitrajes institucionales ofrecen más garantías que los arbitrajes ad-hoc. Esto, naturalmente, se presentará cuando estemos frente a un centro de arbitraje de primer nivel. Las leyes de contrataciones del Estado promulgadas desde el gobierno del presidente Pedro Pablo Kuczynski, optaron por establecer como regla, en materia de contratación pública, el arbitraje institucional, relegando el *ad hoc* para las controversias de escasa cuantía.[42]

[42] El Decreto Supremo n.º 056-2017-EF, que modifica el Reglamento de la Ley n.º 30225, y el Decreto Supremo n.º 377-2019-EF, que modifica el Reglamento de la Ley n.º 30225, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 344-2018-EF.

Resulta difícil contar con una estadística en el Perú acerca del número de procesos que manejan los centros de arbitraje, habida cuenta de que por lo general dicha información tiene carácter reservado.

No obstante, hemos accedido a los datos publicados por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de PUCP (CARC-PUCP), el mismo que concentra la mayor cantidad de arbitrajes relativos a contratación pública en nuestro medio:

Tabla n.º 1: Arbitraje en contratación pública

Año	Arbitraje civil/comercial	Contratación con el Estado (Ley)	Contratación con el Estado 2 (no Ley)	Total
2002	1	0	0	**1**
2003	0	7	0	**7**
2004	1	2	0	**3**
2005	3	10	0	**13**
2006	3	9	1	**13**
2007	4	7	0	**11**
2008	2	9	0	**11**
2009	7	43	2	**52**
2010	4	33	1	**38**
2011	5	35	14	**54**
2012	9	67	14	**90**
2013	11	65	14	**90**
2014	5	151	13	**169**
2015	14	183	94	**291**
2016	16	221	81	**318**
2017	26	213	53	**292**
2018	27	342	53	**422**
2019	20	436	29	**485**
Total	**158**	**1833**	**369**	**2360**

Fuente: Elaboración propia. Datos obtenidos del Sigeda (Sistema de Gestión de Datos de Arbitraje) del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos-PUCP, a enero del 2020.

Antes de concluir este acápite, debemos señalar que, como muchos contratos de los cuales se han generado controversias han sido

celebrados antes de la normativa que impuso la regla del arbitraje institucional en la contratación del Estado, todavía siguen existiendo procesos en giro de naturaleza *ad hoc* y de relevancia patrimonial, pero, sin duda, se trata de una especie en extinción.

Estas consideraciones resultan importantes, a nuestro juicio, para poder luego analizar si el arbitraje debe seguir siendo el medio de solución de las controversias derivadas de la contratación pública.

6. LAS DOS CARAS DE LA MONEDA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: PODER JUDICIAL Y ARBITRAJE

No podemos dejar de resaltar la importancia del sustento constitucional que envuelve al arbitraje. El artículo 63 de la Constitución señala que las controversias que puedan surgir de la relación contractual con el Estado se pueden someter al arbitraje. Veamos a continuación:

> Artículo 63.- «La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de este, adoptar medidas análogas. En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de estos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero. *El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley*». (El resaltado es nuestro)

Del texto precitado podemos inferir que los conflictos derivados de las relaciones contractuales se someten a la ley. En ese sentido, se habilita la opción para el Estado y para el privado de activar el arbitraje, sin que ello implique una pérdida de las prerrogativas —reconocidas en la ley— de la administración pública.

Después de haber descrito cómo se resuelven las controversias en materia de contratación pública, desde el Poder Judicial hasta los cambios normativos del arbitraje, es momento de colocar a ambas jurisdicciones en una balanza para analizar los puntos a favor y los puntos en contra de cada uno.

6.1. ¿Sigue siendo el arbitraje la vía idónea para resolver conflictos en materia de contratación pública?

Responder esta pregunta no es fácil. Para ello tendríamos que hacer un análisis de cómo sería tal resolución de conflictos en el Poder Judicial, comparando cada rubro con el arbitraje.

Para tal efecto, hemos agrupado nuestras consideraciones en diversos puntos de referencia necesaria:

6.1.1. Base constitucional

Sobre este punto, no encontramos una diferencia sustancial entre la jurisdicción ordinaria y la arbitral. Ello, en la medida de que ambas jurisdicciones están recogidas por la Constitución Política del Perú. Esto resulta muy importante, pues tanto las sentencias firmes como los laudos firmes quedarán expeditos para su ejecución, pues se trata de mandatos de autoridad de obligatorio cumplimiento.

Como todos sabemos, las sentencias y los laudos deberían cumplirse voluntariamente, por la parte perdedora, pero por lo general será necesario recurrir a la ejecución judicial de las sentencias y a la ejecución de los laudos arbitrales, considerando la usual falta de respeto a las órdenes de los tribunales tanto judiciales (sentencias) como arbitrales (laudos).

6.1.2. Duración del proceso

Los procesos contencioso-administrativos son resueltos en el Poder Judicial, en dos instancias, pudiendo recurrirse en casación. Ello equivale a decir que el proceso contencioso administrativo puede terminar siendo, de seguro, uno de los de mayor duración.

No obstante, un análisis serio sobre esta materia tendría que partir por desarrollar la hipótesis de que los procesos derivados de la contratación pública fuesen resueltos por el Poder Judicial a través de procesos de naturaleza especial que respeten la pluralidad de instancias, pero que prescindan del recurso de casación, lo que equivaldría decir que los juicios serían más cortos, situación que acercaría, en alguna medida, este rubro al arbitraje.

Además, así como hace ya varios años se crearon las salas y juzgados comerciales, podrían constituirse en el Poder Judicial salas y juzgados especializados en conocer los conflictos derivados de la contratación pública, con lo cual los procesos podrían incluso durar menos. Estas consideraciones deben ser tomadas en cuenta frente al arbitraje, que tiene una duración mucho más corta que los procesos judiciales.

No resulta posible decir cuánto demora un proceso judicial contencioso administrativo, ni cuánto demora un arbitraje, dado que no disponemos de las cifras pertinentes para exhibir promedios, no obstante ser criterio generalizado el que los arbitrajes duran menos.

A pesar de ello, no debe perderse de vista que los procesos arbitrales generalmente no terminan con el laudo o con las resoluciones que lo interpreten, rectifiquen, integren o excluyan; habida cuenta de que resulta común que los litigantes perdedores acudan al Poder Judicial vía recurso de anulación de laudo.

Decimos esto, pues considerando lo que acabamos de señalar, la duración de los procesos arbitrales toma un tiempo mayor al esperado. Para finalizar este punto, es bueno decir que la duración de los arbitrajes en general ha disminuido notoriamente desde que, con ocasión de la pandemia, se establecieron reglas para su desarrollo virtual, habiendo disminuido de manera notable los plazos y la duración de determinadas etapas del proceso.

6.1.3. Especialidad

Uno de los puntos que se señala para distinguir el arbitraje del Poder Judicial en materia de contratación pública, consiste en que los tribunales arbitrales deben estar compuestos por personas que tengan especialización en temas de contratación del Estado, derecho administrativo y arbitraje, tal como dispone el artículo 45 de la Ley n.º 30225 y su reglamento.

Esta especialidad no está presente en los jueces, que conocen materias de diversa naturaleza. No obstante, ello no sería definitivo, pues, como expresamos en el acápite anterior, el tema de la especialidad de los jueces podría ser salvado con la creación de una especialidad en materia de contratación pública.

En ese sentido, la comparación que venimos realizando, la hacemos con respecto a la normativa y características actuales del Poder Judicial. Eso significa, en síntesis, que las partes de un proceso derivado de la contratación pública deberían considerar que tienen más garantías en la vía arbitral que, hipotéticamente, en el Poder Judicial.

6.1.4. Los costos del proceso

El arbitraje constituye un mecanismo que se caracteriza por ser más caro, en comparación a las tasas que se debe pagar por llevar un proceso en el Poder Judicial.

No obstante ello, debemos erradicar el mito que consiste en que el Poder Judicial es barato, cuando ello no se condice con la realidad. Los juicios en vía contencioso-administrativa, por un promedio de cuatro años y medio, pueden llegar a costar varias decenas de miles de dólares, no por las tasas judiciales, sino por los honorarios de la defensa legal que se contrate. Asimismo, si traducimos cuál sería el estimado de pérdida que nos costaría los años en espera de obtener y ejecutar una sentencia favorable en un proceso judicial, los costos para un inversionista serían sumamente altos.

En adición a lo expuesto, resulta claro que los aranceles de administración de los centros de arbitraje y los honorarios de los árbitros, en materia de contratación pública, van a regirse por las tablas de obligatorio cumplimiento establecidas al respecto. Pero más allá de eso, sería indebido extraer como conclusión el que los arbitrajes objetivamente cuestan más por estos aranceles de las instituciones arbitrales y por los honorarios de los árbitros.

No olvidemos que en el arbitraje vamos a acortar tiempos con respecto al Poder Judicial y ese ahorro de tiempo y de esfuerzo también debe ser considerado para la valoración de los costos.

Dentro de tal orden de ideas, consideramos que, finalmente, no distarán mucho los costos en un caso y otro. Finalmente, los honorarios de los estudios de abogados son de lo más variados y no existe, *a priori*, una razón determinante que nos lleve a concluir que los honorarios para la defensa de un arbitraje, serán más altos que aquellos relativos a la defensa en un proceso judicial. Ellos, generalmente, serán establecidos por los estudios de abogados y los clientes en razón de diversos factores, tales como la cuantía en conflicto, las horas que se destinarán al conocimiento del asunto, honorarios de éxito, etc.

6.1.5. Transparencia

Tradicionalmente, se tiene la idea de que los procesos judiciales son de conocimiento público, en tanto que los procesos arbitrales se rigen por la confidencialidad. Pero esto no es necesariamente así.

Es verdad que el desarrollo de los procesos judiciales podría ser objeto de revelación y, además, es claro que las audiencias de informes orales en los procesos judiciales son públicas, de tal manera que puede asistir a ellas, cualquier interesado.

Los arbitrajes en materia de contratación pública, en cambio, se desarrollan de manera privada, lo que equivale a decir que el contenido de aquello que se actúa en el proceso no será de conocimiento público hasta que se cumpla con el deber legal de publicar el laudo en la página web del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

Por lo demás, resulta conveniente que el desarrollo de un proceso, sea judicial o arbitral, no esté contaminado por la injerencia ni de la sociedad ni de los medios de prensa, para condicionar a los jueces o árbitros que van a resolver la materia.

Una ventaja muy grande de los arbitrajes es que los árbitros, por lo general, desarrollan el proceso y laudan sin este tipo de presiones, lo que representa una notable ventaja sobre los jueces de la jurisdicción ordinaria. Creemos que la única presión que debe tener un juzgador para resolver un caso es la derivada de la ley y de su conciencia. Cualquier otra puede distorsionar su decisión.

Como argumento contrario a lo expuesto, se podría decir que los árbitros tendrían un menor control por parte de la sociedad, por lo menos antes de emitir sus laudos. Esto es cierto, pero ello resulta connatural a los procesos arbitrales en el mundo entero y es, precisamente, una de las ventajas notorias del arbitraje sobre el Poder Judicial.

6.1.6. Corrupción

Es muy difícil conocer si existe mayor corrupción en el Poder Judicial o en el arbitraje. Pata tal efecto, resultaría necesario efectuar un estudio en donde se recopilen las sentencias condenatorias firmes tanto de jueces, secretarios de justicia, auxiliares, etc., y de árbitros o de secretarios arbitrales.

Además, habría que hacer una consideración en ese estudio relativa a la magnitud o tamaño del Poder Judicial, con respecto a los del arbitraje. En ese sentido, no cabe duda de que el Poder Judicial es mucho más grande que todos los tribunales arbitrales del Perú juntos, refiriéndonos, claro está, al número de causas bajo su conocimiento.

No se trata, pues, de establecer *rankings* de honestidad ni de corrupción, sino de advertir al medio jurídico para que siempre esté alerta con respecto al recto desarrollo de los procesos judiciales y arbitrales. Por lo demás, no creemos que pueda trazarse una línea divisoria entre el arbitraje y el Poder Judicial en lo que respecta a la conducta de sus respectivos agentes.

Decimos esto, en la medida de la clara existencia de infinitos vasos comunicantes entre ambas áreas de administración de justicia. No tendría por qué sorprendernos el desarrollo de la corrupción en el arbitraje, pues los actores en uno y otro sector de la administración de justicia son fundamentalmente los mismos.

El problema de la corrupción es un mal que aqueja —no solo a nuestro ordenamiento jurídico— sino también a la mayoría de gobiernos en el mundo. Por tal razón, no consideramos que esta tara deba ser atribuida solamente a las fallas que puedan suscitarse en nuestro sistema de justicia (ya sea el judicial o el arbitral), más bien constituye un problema de operadores que de normas jurídicas. En otras palabras, debemos diferenciar el modelo jurídico de las personas encargadas de

aplicar o interpretar las normas, siendo estas últimas las que originan la corrupción.

6.1.7. Mala planificación y ejecución de los contratos

Cuando se piensa en las controversias que se generan en los contratos públicos, se podría inferir que los problemas que se encuentran corresponden a temas de la ejecución del contrato.

Si bien hay diversas razones por las que el Estado acude a la vía arbitral, se ha identificado que la raíz del problema se encuentra en la mala gestión contractual y también en la etapa precontractual.

Con ello queremos incidir en que existen errores o puntos discutibles en la etapa de elaboración de las bases y del expediente técnico, que se arrastran a la ejecución del contrato, generando controversia en la interpretación de las obligaciones de las partes o en otros aspectos que derivan en denegaciones de ampliaciones de plazos, solicitudes de adicionales, aplicación de penalidades, entre otros. En resumen, no existe correlación entre lo que la administración pública solicita y lo que en verdad se necesita.

Como es evidente, lo abordado en este punto resulta irrelevante en cuanto a cuál de las jurisdicciones sería más idónea para conocer los conflictos derivados de contratos públicos. No obstante, no deja de ser un hecho fáctico que debe ser reconocido para que se eviten conflictos y que el sistema de contratación pública funcione de manera óptima.

En este punto, cabe precisar que, si bien la mala planificación y la ejecución de contratos no constituiría un criterio para determinar si la controversia se resuelve en vía arbitral o judicial, sí debemos resaltar que todo conflicto que se genere en la etapa precontractual corresponde que

sea visto en vía administrativa y luego en vía judicial, a través del contencioso-administrativo. Así pues, en lo que se refiere a los contratos públicos, estos deberán ser resueltos mediante un arbitraje.

El problema surge cuando en plena ejecución de contrato, se encuentra evidencia de mala planificación (de errores cometidos en la elaboración de bases, en el procedimiento para seleccionar a un postor, entre otros actos preparatorios), que trasladan el conflicto a la etapa contractual. Este inconveniente se encuentra relacionado con la especialidad de los jueces o árbitros que se encargarán de resolver la controversia.

6.1.8. La responsabilidad administrativa y la protección de la Contraloría General de la República

Uno de los principales problemas que afronta el arbitraje en contrataciones públicas es la función que cumplen los representantes del Estado, en el marco de este mecanismo alternativo de resolución de conflictos.

Es sabido que la función pública implica el cumplimiento de las facultades que otorga el Estado, las cuales están sustentadas en la competencia, a efectos de actuar en virtud al principio de legalidad. Toda actuación que se encuentre fuera de ese radio permitido podría ser considerada —de manera posterior— como una falta que amerite una sanción administrativa.

Es así que, llevando este escenario al ámbito de la ejecución contractual, tenemos a funcionarios del Estado que prefieren derivar la controversia al arbitraje, que proponer y/o aceptar soluciones que puedan ser discutidas a través de otros mecanismos como la conciliación y/o la transacción.

Ya en la vía arbitral, la sombra de las acciones de control sobre los funcionarios públicos genera un gran temor al momento de la toma de

decisiones de estos agentes, ocasionando retrasos en el desarrollo del proceso arbitral, de manera que se forma un incentivo perverso.

Por un lado, la normativa en contratación pública dispone el arbitraje obligatorio como cláusula de solución de controversias en todos los contratos públicos. Por otra parte, se hallan los funcionarios públicos que representan al Estado, quienes demoran el inicio de los arbitrajes y/o cuya actuación retrasa el desarrollo del debido proceso. Por tanto, se genera una pérdida de tiempo y de recursos del Estado, por una controversia que fácilmente podría haber sido resuelta en una mesa de diálogo.

En esa misma línea, problemas tales como las ampliaciones de plazo, no son aceptadas por temor a las acciones posteriores de la Contraloría. Lo mismo ocurre con el caso de las penalidades, pues las penalidades que no son impuestas pueden ser mal percibidas como actos de corrupción por parte de los funcionarios públicos, favoreciendo al privado.

No obstante, no es difícil deducir que similares consideraciones serían aplicables si es que las controversias derivadas de la contratación pública fueran conocidas por el Poder Judicial y no en arbitraje.

6.1.9. Defensa del Estado

De acuerdo a lo establecido por la Constitución Política del Perú y por el Decreto Legislativo n.º 1326, que reestructura el Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado y crea la Procuraduría General del Estado, la defensa del Estado es ejercida por los procuradores públicos. Esto se extiende a procesos de cualquier naturaleza.

No cabe duda de que, desde la implantación del arbitraje como mecanismo obligatorio de solución de controversias, a partir de 1998, las procuradurías han desarrollado a su interior, la especialidad arbitral, vale

decir que existe una serie de abogados que componen las procuradurías, que se han especializado en arbitraje y que, muchos de ellos, realizan muy bien su labor.

Por lo demás, resulta importante precisar que, con la legislación del Estado peruano, a partir del año 2019 se ha reforzado en el plano legislativo la defensa arbitral, como se deduce de las normas que citaremos a continuación:

- Decreto Supremo n.º 377-2019-EF, a través del cual modifican el Reglamento de la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 344-2018-EF.

- Decreto Supremo n.º 162-2021-EF, a través del cual modifican el Reglamento de la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 344-2018-EF, y dictan otras disposiciones.

Sumado a ello, cabe precisar que, en la mayoría de casos, son los procuradores de las entidades quienes asumen su defensa. Pero ¿cuál es el inconveniente de esta premisa? «Quien mucho abarca, poco aprieta» es un refrán que bien explica esta situación. El Estado tiene en todos sus contratos una cláusula o convenio arbitral, que señala que ante cualquier desavenencia que pueda surgir en el marco de la ejecución o interpretación de dicho contrato, las partes se someten a dicha jurisdicción.

Como hemos observado en las estadísticas de procesos de selección de licitación pública y concurso público, así como los porcentajes que evidencian que los contratos de obra, de bienes y de servicios son aquellos donde más conflictos se generan, el Estado tiene una cantidad exponencial de arbitrajes en curso. Es por ello que asumir la defensa del Estado por parte del procurador de turno, resulta una tarea sumamente compleja, pues manejan tal cantidad de información que puede confundir y derivar en una mala defensa.

No obstante, el tema va mucho más allá. Parte de la estrategia para ganar un caso —sea judicial, arbitral o en vía administrativa— es conocer a la perfección todos los hechos suscitados, de manera que se pueda armar un buen sustento para los fundamentos de derecho.

Esta premisa no se lleva a cabo de la manera más organizada en el Estado, debido a que no todos los funcionarios públicos participan en las mismas etapas de la contratación pública.

Las entidades dividen en pequeños grupos a las personas que estarán encargadas de cada parte del proceso para contratar con el Estado. Como sabemos, se deberá identificar la necesidad que se busca satisfacer, fundamentar las razones, incluir ello en el Plan Anual de Contratación, y realizar actuaciones preparatorias para contar con un expediente técnico y publicar los documentos que contienen los requerimientos y especificaciones técnicas.

Posteriormente, se deberá convocar a un proceso de selección, recibir propuestas de parte de los particulares interesados, adjudicar la buena pro y celebrar un contrato. Lamentablemente, la odisea no acaba en este punto. Luego de celebrado el contrato viene lo más complicado, que consiste en la ejecución del mismo se realice de la manera más eficiente posible, y es aquí donde usualmente salen a relucir los problemas de todo el proceso pre contractual.

Con los años, el Estado ha logrado organizarse mejor y preparar mejores defensas, pero no en todos los casos resulta así. La mayoría presenta este problema de falta de comunicación de sus áreas internas que han participado en las etapas previas al momento del litigio.

7. CONCLUSIONES

La gran mayoría de controversias sometidas a arbitraje se genera por ineficiencia o incumplimiento del propio Estado. Con ello, se ha

demostrado que la gestión contractual de parte de la administración pública no es la más adecuada. Los conflictos que podrían hallar una solución en etapas previas al arbitraje, como la conciliación, se tornan más tediosos al llegar a instancias arbitrales. Asimismo, se ha evidenciado la imperante necesidad de contar con los operadores de la justicia que conozcan a cabalidad las materias sobre las que se discute en la contratación pública.

Si bien en doctrina de derecho administrativo se habla de una huida del Estado hacia los fueros particulares o privados, no podríamos arribar en el Perú a similar conclusión, en la medida de que la estructura del derecho administrativo sigue siendo sólida y los recursos a que había lugar en la legislación previa al arbitraje siguen existiendo. Al mantener la vía judicial (contencioso-administrativo) para la resolución de determinados conflictos en materia de contratación pública, podríamos encontrarnos ante un fenómeno de «huida parcial» del derecho administrativo.

En todo caso, de lo que sí puede hablarse es de la voluntad del Estado peruano desde hace tres décadas, de fomentar la inversión nacional y extranjera, de modo tal que el desarrollo de la economía se base, fundamentalmente, en el esfuerzo y riesgo de los particulares y no en arriesgar recursos estatales. La adopción del arbitraje como medio de solución de controversias constituye una manifestación de esa apertura económica al sector privado y, de ninguna manera, un debilitamiento del derecho administrativo.

El arbitraje sigue siendo la vía adecuada para resolver conflictos en materia de contratación pública debido al respaldo de determinados criterios como: (i) especialidad, (ii) oportunidad en el pronunciamiento, (iii) costos del proceso. Regresar al Poder Judicial para resolver determinadas materias en contratación pública no resultaría una medida eficiente porque se aumentaría la carga procesal.

LA OBLIGATORIEDAD DE LA JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS: HACIA UN ENFOQUE DE GESTIÓN COLABORATIVA EN LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA

María del Carmen Padilla *

Sumario: 1. Introducción.— 2. La solución de controversias en los contratos de construcción de obra pública.— 3. La junta de resolución de disputas: ¿cuáles son sus particularidades?— 3.1. Facultativa y obligatoria.— 3.2. Permanente.— 3.3. Finalidad preventiva. Opinión con carácter de recomendación.— 3.4. Finalidad resolutiva. Decisión vinculante.— 3.5. Institucional.— 3.6. Designación de miembros.— 3.7. Calificaciones.— 4. De junta de resolución de disputas facultativa a obligatoria: un cambio importante al enfoque de gestión de disputas en los contratos de obra pública.— 4.1. El proceso de formación del conflicto: un paso atrás al surgimiento de la controversia.— 4.2. Intervención de las partes sobre la gestión del conflicto: herramienta de gestión de disputas.— 4.3. La resolución del conflicto o evitación de la disputa bajo la perspectiva del proyecto.— 5. Reflexiones y aportes a la implementación de la junta de resolución de disputas.— 5.1. Sobre su ámbito de aplicación.— 5.2. Sobre la posibilidad de emitir opinión sobre los adicionales de obra.— 5.3. Calificaciones y designación de miembros de la

* Abogada por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), especializada en contratación pública, gestión de proyectos de infraestructura y prevención y resolución de controversias en el sector construcción. Máster en contratación pública por la Universidad de Castilla-La Mancha, y con estudios de maestría en regulación de servicios públicos y gestión de infraestructuras por la Universidad del Pacífico. Es árbitro inscrita en el RNA del OSCE y consultora de proyectos de asociación público-privadas y obra pública.

junta de resolución de disputas.— 5.4. ¿Limitaciones prácticas?— 5.5. ¿Limitaciones al marco normativo? 6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

¿Han escuchado la frase «pensar fuera de la caja»? Esta frase sugiere la idea de pensar diferente y de forma no convencional, significa salir de nuestros modelos mentales tradicionales para ir a buscar soluciones diferentes e innovadoras. No se trata de un proceso sencillo, pues implica dejar de lado nuestros pensamientos, vivencias y prejuicios para cambiarlos por nuevas ideas, procesos y formas de solución, e ir más allá de nuestros parámetros prestablecidos.

La incorporación de la junta de resolución de disputas en nuestra legislación nos lleva a pensar fuera de la caja, pues rompe el patrón instaurado de solución de controversias claramente reactivo y adversarial, para pasar a un modelo preventivo y de actuación colaborativa. De esta forma, ya no solo se busca resolver de forma eficiente las controversias, sino también prevenirlas y evitarlas, por lo que más que un mecanismo alternativo para la solución de controversias, la junta de resolución de disputas interviene como una herramienta importante de gestión de riesgos de los proyectos.

La implementación de la junta de resolución de disputas en los contratos de obra pública incorpora un espacio de diálogo que permite a las partes intercambiar ideas, analizar sus posiciones, evaluar alternativas y buscar soluciones en conjunto, todo ello desde la caja de conocimientos y experiencias de quienes gestionan los contratos y de expertos en la ejecución de obras públicas. Además, ahora las obras pasan a formar parte de la caja, por lo que las propuestas de solución siempre estarán enmarcadas en el cumplimiento de los objetivos del proyecto.

¿En qué consiste este nuevo planteamiento de solución de controversias? ¿Cuáles son las particularidades acogidas en nuestra legislación nacional? ¿Existen algunas limitaciones para la aplicación y el funcionamiento de la Junta de Resolución de Disputas en nuestra legislación? El presente artículo tiene como propósito contribuir al entendimiento de la Junta de Resolución de Disputas como una figura que permite a las partes tomar control de sus disputas, por lo que se presenta sus características, ventajas y se analizan la existencia de limitaciones en aras de buscar una aplicación óptima de este mecanismo en el régimen de contratación pública.

2. LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN DE OBRA PÚBLICA

Por mucho tiempo las controversias surgidas en los contratos de obra pública solo podían ser resueltas mediante conciliación y arbitraje. Estos dos mecanismos tradicionales de solución de controversias han venido aplicándose de forma general a todos los contratos sujetos al ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento. No obstante, la ejecución de un contrato de obra presenta algunas particularidades, por lo que, así como existen diferencias sobre aspectos contractuales, nuestra normativa ha implementado diferencias a los mecanismos de solución de controversias, estableciendo para obras la posibilidad de acceder a la junta de resolución de disputas, de forma previa al arbitraje.

Este nuevo planteamiento en el sistema de resolución de controversias en los contratos de obra surge en atención a la naturaleza especializada, compleja y conflictiva de la actividad de la construcción,[1] que demanda contar con un mecanismo eficiente de gestión de disputas a fin de que no se afecte la ejecución de las obras por estos motivos.

[1] El carácter complejo de la prestación, la multiplicidad de actores involucrados, el plazo prolongado de ejecución, la exigencia de requisitos y condiciones necesarias para la ejecución

Tanto la conciliación como el arbitraje no constituyen medios idóneos de solución de controversias porque ambos mecanismos entran a tallar cuando el conflicto ha escalado y las partes ya han asumido posiciones contrapuestas y duras respecto a algún aspecto controvertido. Como es imaginable, ya en esta etapa es muy difícil la posibilidad de negociación entre las partes, sobre todo teniendo en cuenta las características inquisitivas de nuestro sistema, lo que ha conllevado a que en la práctica este mecanismo sea poco efectivo, pese a los notados esfuerzos que se han realizado para eliminar el temor a la responsabilidad funcional de quienes adoptan decisiones en el marco de estos procedimientos.

Por su parte, el arbitraje si bien fue reconocido inicialmente como una experiencia de éxito en Latinoamérica,[2] lo cierto es que sus ventajas iniciales han perdido notoriedad, y en la actualidad dicho mecanismo es percibido como lento, tedioso, formal, y poco eficiente, siendo identificado incluso como una de las causas más frecuentes de paralización de obras según el último reporte efectuado por la Contraloría General de la República.[3] Aun cuando existe la clara preocupación por brindar solución a estos aspectos, la experiencia nos ha demostrado que el arbitraje no termina siendo el mecanismo más idóneo para la solución de controversias en los contratos de obra público —al menos no en primer orden—, porque este mecanismo actúa de forma posterior al surgimiento del conflicto, y, además, porque aquí la resolución de controversias se da forma independiente al desarrollo y necesidades de la obra, lo que hace finalmente determina que sea poco eficiente y oneroso.

---

de la prestación y, la existencia de eventualidades ajenas a la responsabilidad del contratista que impactan en la ejecución de la obra, son algunos de los factores que gatillan frecuentemente el surgimiento de controversias en los contratos de obra, y que hacen que estos contratos sean altamente conflictivos.

2 Fabiola Paulet, p. 90, PAULET MONTEAGUDO, F. «El crecimiento del arbitraje en materia de contratación pública: datos, cifras y reflexiones». *Arbitraje PUCP*, 2013, (3), pp. 87-101. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/9388>.

3 Reporte de obras paralizadas 2019, elaborado por la Gerencia de Control de Servicios Públicos Básicos de la Contraloría General de la República.

Adicionalmente, tratándose de contratación pública, no es posible dejar de lado el marco normativo poco flexible y adversarial en el cual se desarrollan los contratos de obra, el cual determina que no existan incentivos para una actuación colaborativa, tendiendo, por el contrario, a una actuación confrontacional de las partes en el manejo del contrato y la solución de controversias.

Este escenario ha conllevado al replanteamiento del sistema de solución de controversias en los contratos de obra pública, pero ya no de manera reactiva como los mecanismos tradicionales sino desde un enfoque preventivo, presentándose la junta de resolución de disputas como una alternativa eficiente de gestión de disputas, pero también como una importante herramienta de gestión de riesgos del proyecto.

3. LA JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS: ¿CUÁLES SON SUS PARTICULARIDADES?

La implementación de la Junta de Resolución de Disputas en la Ley de Contrataciones del Estado se inspira en la figura de los *dispute boards,* mecanismo alternativo de solución de controversias que es utilizado ampliamente en los contratos de construcción internacional[4] y que se caracteriza por la participación de un panel de expertos, independiente e imparcial, que interviene tempranamente en la gestión de conflictos, según el pacto de las partes.

Se trata de una figura creada por el legislador nacional que en esencia recoge la misma finalidad de los *dispute boards*, pues tiene como objetivo primario gestionar en forma temprana cualquier conflicto que pueda surgir en la ejecución de un proyecto, de manera que ni la ejecución ni el cumplimiento de los objetivos del proyecto se vean afectados por la existencia de controversias en las partes.

---

4 Tales como Fidic, el Banco Mundial, la Cámara de Comercio Internacional (ICC) y el Banco del Desarrollo de Japón.

Pese a que su reconocimiento en nuestra legislación data del año 2015, muy pocos contratos la han implementado de forma voluntaria, posiblemente por desconocimiento de la figura o porque no estaban habilitados legalmente para hacerlo;[5] por lo que se han efectuado diversas modificaciones en la normativa, primero para bajar el umbral de aplicación y, luego para establecer su obligatoriedad en contratos de montos superen los veinte millones de soles, evidenciándose la necesidad imperiosa de contar con un mecanismo eficiente de solución de disputas que contribuya a mejorar la gestión contractual, sobre todo en los proyectos de gran envergadura.[6]

Además, nuestra normativa no limita su regulación al reconocimiento legal de la figura; también la reglamenta, estableciendo sus características, atribuciones y deberes. Tradicionalmente los *dispute boards* no cuentan con regulación normativa, sino que su origen y regulación es contractual; por lo que nuestra normativa es una de las primeras en impulsar legislativamente el uso de este mecanismo en los contratos de obra pública, estableciendo algunas particularidades para su aplicación en el ámbito nacional.

A continuación, mencionamos las principales características de las junta de resolución de disputas en nuestra normativa.

---

5 El reglamento anterior de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Supremo n.° 056-2017-EF, además de exigir un determinado umbral económico, requería el pacto de las partes de forma previa al inicio del contrato.

6 Según la Exposición de Motivos del Decreto Supremo n.° 344-2018-EF, decreto supremo que aprueba el Reglamento de la Ley n.° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, la decisión de incorporar la obligación de recurrir a la junta de resolución de disputas en obras a partir de veinte millones de soles responde a su envergadura, siendo que los conflictos contractuales de tales proyectos de ingeniería y construcción por su complejidad, requieren de soluciones técnicas rápidas que generen un eficiente balance costo-beneficio en el uso de los recursos públicos. Adicionalmente, la decisión de posibilitar dicho mecanismo a obras a partir de cinco millones, tiene como finalidad colaborar con el éxito de la gestión contractual y para evitar las paralizaciones de obra.

3.1. Facultativa y obligatoria

La junta de resolución de disputas puede tener carácter facultativo u obligatorio, dependiendo del valor económico de los contratos.

Para aquellos contratos de montos superiores a veinte millones de soles, la junta de resolución de disputas tendrá carácter obligatorio; mientras que para aquellos contratos de obra con montos sean iguales o superiores a cinco millones de soles, la junta de resolución de disputas tendrá carácter facultativo.

3.2. Permanente

La junta de resolución de disputas regulada por la normativa de contratación pública tiene carácter permanente, pues acompaña a la ejecución de la obra desde el inicio del plazo de ejecución hasta que esta sea recibida, en forma total.

Nuestra normativa no ha previsto la constitución de junta de resolución de disputas de tipo *ad hoc*, lo que se encuentra alineado a las mejores prácticas recomendadas por organismos internacionales, quienes promueven la inclusión de los dispute boards permanentes al considerar que se brinda preponderancia a la función preventiva y de evitación de conflictos.[7]

3.3. Finalidad preventiva. Opinión con carácter de recomendación

Una de las manifestaciones de la función preventiva de la junta de resolución de disputas en nuestra legislación, es la absolución de consultas sobre aspectos contractuales y/o técnicos.

---

7 Desde el 2017 todas las versiones de contratos Fidic (Fedération Internationale des Ingénieurs-Conseils) consideran este tipo de *dispute board*, ya sea como *Dispute Adjudication Board* (DAB) o *Dispute Review Board* (DRB).

Las opiniones emitidas por la junta de resolución de disputas tienen carácter de recomendación, no son vinculantes para las partes ni para los miembros de la junta, por lo que un aspecto que ha sido materia de opinión puede ser motivo de una posterior controversia sometida a decisión de la junta.

3.4. Finalidad resolutiva. Decisión vinculante

Las decisiones emitidas por la junta de resolución de disputas tienen carácter vinculante y son de obligatorio cumplimiento para las partes desde su notificación, o de ser el caso, una vez transcurrido el plazo para la corrección o aclaración,[8] de haber sido solicitado, o una vez corregida o aclarada la decisión.

Las partes deben cumplir la decisión de la Junta de forma inmediata, sin perjuicio que se encuentren disconformes con la decisión adoptada. En este caso, la parte que se encuentre disconforme con la decisión deberá manifestar su desacuerdo dentro del plazo de siete días.[9] De no existir disconformidad por alguna o ambas partes, la decisión de la junta adquiere carácter definitivo y no podrá ser sometida a arbitraje. A su vez, si una parte manifiesta su disconformidad con una decisión emitida por la junta en el plazo previsto, pero no inicia el arbitraje respectivo, aquella adquiere la calidad de definitiva y no podrá ser sometida a arbitraje.

La normativa refuerza el carácter obligatorio de las decisiones emitidas por la junta de resolución de disputas, al establecer que tales decisiones no pueden ser desconocidas por ninguna autoridad administra-

---

8 De acuerdo al numeral 7.17 de la Directiva n.° 012-2019-OSCE/CD, la junta de resolución de disputas puede corregir de oficio cualquier error tipográfico, de cálculo, de transcripción o de naturaleza similar que contenga la decisión, en un plazo de cinco días desde su notificación a las partes.

9 La Directiva n.°-2020-CD/OSCE regula que en caso una o ambas partes se encontrarán en desacuerdo con la decisión emitida por la junta de resolución de disputas, tendrán el plazo de siete días para manifestar por escrito las razones de su desacuerdo, reservándose el derecho a someter la controversia a arbitraje.

tiva, arbitral o judicial. Asimismo, otorga a las decisiones calidad de obligación esencial del contrato, por lo que, en caso de incumplimiento de esta, la parte afectada podrá requerir formalmente su cumplimiento bajo apercibimiento de resolver el contrato.

Este aspecto resulta importante en un esquema de la contratación pública donde el cumplimiento de pagos es un aspecto medular para garantizar el financiamiento y continuidad de las obras.

3.5. Institucional

Las juntas de resolución de disputas deben ser administradas por un centro que preste servicios de organización y administración conforme a lo regulado en la Directiva n.° 012-2009-OSCE/CD.

A diferencia del arbitraje donde sí se ha previsto en algunos casos procedimientos *ad-hoc*[10] la junta de resolución de disputas siempre deberá ser institucional. Además, la normativa establece que, a falta de acuerdo o en caso de duda, cualquiera de las partes puede solicitar la organización y administración de la junta de resolución de disputas ante cualquier centro que preste dicho servicio.[11]

La elección del Centro determina la selección de los adjudicadores y los honorarios y retribuciones de la JRD.[12]

---

10 De acuerdo al numeral 225.3 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, las partes pueden recurrir al arbitraje *ad-hoc* cuando las controversias deriven de contratos cuyo monto contractual original sea menor o igual a cinco millones con 00/100 soles (S/ 5 000 000,00).

11 De conformidad con el numeral 244.3 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, modificado por el artículo 2 del Decreto Supremo n.° 377-2019-EF.

12 El artículo 247.1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado contempla que los honorarios y gastos de la junta de resolución de disputas, deberá efectuarse conforme a lo establecido en las respectivas tablas de los centros.

3.6. Designación de miembros

Las partes son libres de determinar el número de miembros que deberá tener la junta de resolución de disputas. A falta de acuerdo entre las partes o en caso de duda, la junta será integrada por un miembro cuando el monto del contrato de obra tenga un valor menor a cuarenta millones de soles y; por tres (3) miembros, cuando el contrato de obra tenga un valor igual o superior a dicho monto.[13]

Las partes designan conjuntamente al único miembro o a dos de los miembros, cuando se trate de una Junta integrada por tres miembros. Para este último caso, los dos miembros nombrados por las partes designan al tercer miembro, quien presidirá la junta de resolución de disputas.

3.7. Calificaciones

Respecto a las calificaciones de los miembros de la junta de resolución de disputas, la normativa establece que cuando la Junta esté integrada por un solo miembro, este deberá ser un ingeniero o arquitecto con conocimiento de la normativa nacional aplicable al contrato, así como en contrataciones del Estado. Mientras que cuando la Junta esté integrada por tres miembros, dichas calificaciones son exigidas únicamente para el presidente, siendo los demás miembros expertos en la ejecución de obras.

[13] De conformidad con el artículo 243.5 del Reglamente de la Ley de Contrataciones del Estado, modificado por la Única Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Supremo n.° 250-2020-EF.

4. DE JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS FACULTATIVA A OBLIGATORIA: UN CAMBIO IMPORTANTE AL ENFOQUE DE GESTIÓN DE DISPUTAS EN LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA

La aplicación obligatoria de la junta de resolución de disputas en nuestra normativa de contratación pública representa un cambio importante al enfoque de solución de controversias, pues pasamos de un enfoque reactivo a un enfoque preventivo de controversias, lo que resulta muy valioso cuando de gestión de proyectos se trata.

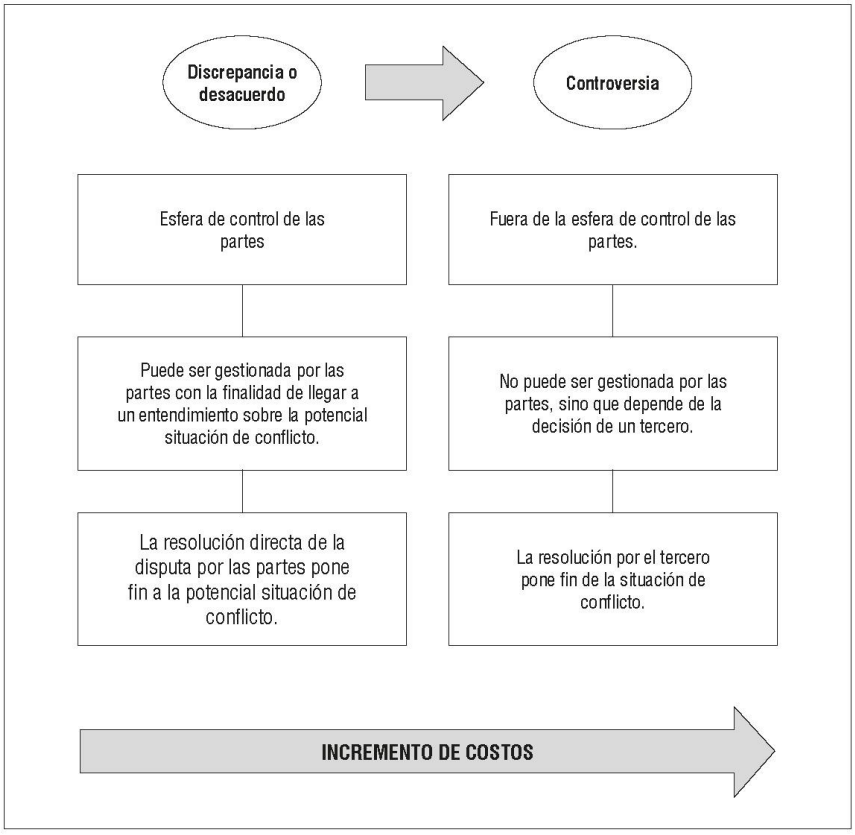
A continuación, analizamos este cambio desde tres perspectivas: (4.1.) El entendimiento del proceso de formación del conflicto; (4.2.) la intervención de las partes sobre la gestión del conflicto; y (4.3.) la resolución del conflicto o evitación de la disputa bajo la perspectiva del proyecto.

4.1. El proceso de formación del conflicto: un paso atrás al surgimiento de la controversia

La normativa de contratación pública es acertada cuando regula los mecanismos de solución de controversias bajo dicha denominación, pues tales mecanismos entran a tallar una vez que el conflicto ha surgido y cuando es irremediable la intervención de un tercero neutral para poner solución a dicho conflicto. No obstante, la controversia es la última etapa del proceso de formación de una disputa, pues antes de que esta se forme, únicamente existió un desacuerdo o discrepancia entre las partes sobre algún aspecto contractual y/o técnico.

Entender este proceso resulta importante, sobre todo para las partes del contrato, quienes tienen la posibilidad ahora de manejar directamente las potenciales situación de conflicto, antes de que estas escalen y pasen a convertirse en controversias.

Es posible distinguir una primera etapa en la formación de una disputa, que se presenta únicamente con una situación de discrepancia o desacuerdo entre las partes, la cual se encuentra bajo la esfera de control de las partes, por lo que, de ser gestionada adecuadamente, es posible evitar el surgimiento de controversias. Por otro lado, existe una segunda etapa que se presenta cuando las partes no han logrado gestionar directamente sus diferencias y en la cual requieren la asistencia de un tercero; en esta etapa nos encontramos ante una controversia que será resuelta por un tercero, que puede ser la junta de resolución de disputas o un tribunal arbitral.



Algunos reglamentos como el reglamento relativo a los *dispute board* de la ICC reconocen este proceso de formación del conflicto, al distinguir los conceptos de «desacuerdo»[14] y «desavenencia»,[15] en atención a si la diferencia es sometida o no a la decisión del *dispute board*.

La implementación obligatoria de la junta de resolución de disputas nos brinda una visión más completa de dicho procedimiento, pues este mecanismo no solo aplica una vez que la controversia ha surgido, sino que va un paso atrás, desde antes de la formación del conflicto, previniendo y evitando el surgimiento de controversias. Esta última característica de la junta de resolución de disputas es la que determina un nuevo enfoque sobre el entendimiento del conflicto, pues ahora las partes dejan de concebir a las controversias como un pasivo o contingencia de los proyectos que dependen del arbitrio de un tercero, para entenderlos como una oportunidad que les permite manejarlos directamente, y estar alertas para la adecuada gestión de riesgos del proyecto.

Definitivamente, no todas las situaciones de conflicto tienen la misma relevancia para las partes, habrá algunas situaciones de menor interés o preocupación, sobre las cuales es posible que las partes puedan ceder sus posiciones y lograr un entendimiento con el apoyo e intervención de la Junta de Resolución de Disputas. Y otras situaciones de conflicto de mayor interés o preocupación, sobre los cuales es más difícil que las partes puedan negociar y ceder sus posiciones, pero sobre las cuales pueden considerar que es más conveniente e importante obtener una decisión temprana que esperar una decisión final a través del arbitraje.

---

14 De acuerdo al Reglamento relativo a los *dispute board* de la ICC, «desacuerdo» significa toda diferencia entre las partes derivada del contrato o relacionada con el mismo que todavía no se haya convertido en una desavenencia, incluyendo los desacuerdos sujetos a prevención […].

15 De acuerdo al reglamento relativo a los *dispute board* de la ICC, «desavenencia» significa todo desacuerdo que se somete formalmente a un *dispute board* para una conclusión, según los términos del contrato y de acuerdo con el artículo 18 del reglamento.

4.2. Intervención de las partes sobre la gestión del conflicto: herramienta de gestión de disputas

Bajo el nuevo esquema de solución de controversias, las partes participan activamente en la gestión de conflictos, pudiendo manejarlos directamente e incluso evitarlos con la asistencia de un panel imparcial, experto y orientado a la consecución de la obra.

En los últimos años, se viene hablando de la importancia de la gestión de riesgos en la planificación de los contratos de obra pública. Lo resaltante de este enfoque es que valora la atención oportuna del riesgo al planificarse de forma anticipada las acciones o planes de intervención a efectuarse para evitar, mitigar, transferir o aceptar los riesgos. Dicho enfoque puede ser aplicado cuando hablamos de controversias, donde resulta sumamente valioso la gestión y resolución oportuna del conflicto bajo un análisis de eficiencia.

Aun cuando la existencia de controversias no es un riesgo propio de la ejecución de la obra, estas tienen un impacto significativo en el proceso de construcción, por lo que es importante que las partes puedan efectuar determinadas acciones de forma oportuna para evitar o mitigar el impacto de las controversias sobre la ejecución de la obra. Si bien en estos casos el riesgo no puede ser transferido, las partes sí pueden controlar directamente y evitar el riesgo de una controversia con la asistencia informal de la junta de resolución de disputas; a su vez, cuando lo estimen conveniente, pueden solicitar a la junta que absuelva una consulta sobre cualquier aspecto técnico o contractual de la obra, y cuando el conflicto sea inevitable, las partes pueden encomendar la disputa a decisión de la junta de resolución de disputas.

Las controversias no resueltas oportunamente en la ejecución del contrato crecen como una bola de nieve perjudicando los contratos, e incluso truncándolos. Una ampliación de plazo que es indebidamente denegada no solo tiene un impacto en el programa de ejecución de la

obra y genera la aplicación de penalidades, su impacto trasciende y crece, pudiendo afectar el corazón del proyecto si es que impide la culminación de la obra; y con ello, la finalidad pública perseguida con la contratación. Aunado a esto, la mera existencia de controversias pendientes de resolver no contribuye a crear un ambiente de trabajo basado en la confianza y la colaboración, pues las partes tendrán presente al estigma de una parte abusiva, mientras no exista una resolución definitiva de la controversia.

La normativa actual brinda herramientas para que las partes puedan controlar y evitar el surgimiento de controversias sin afectar la ejecución del proyecto, por lo que es importante conocer y entender las cualidades y beneficios de la junta de resolución de disputas, para que las partes logren aplicar óptimamente este mecanismo, como una regla general en sus contratos. La asistencia informal y opinión no vinculante son herramientas valiosas para el éxito de la función preventiva y las partes deben estar convencidas de su eficacia, por lo cual deben poner su mayor disposición para utilizarlas en beneficio del proyecto.

Un fenómeno interesante que se comenta es el denominado «efecto panel», según el cual la sola presencia de un *dispute board* o junta de resolución de disputas es capaz de generar un cambio sobre la conducta de las partes, quienes tenderán a mostrarse más colaborativas con los adjudicadores. Consideramos que dicho efecto es consecuencia natural de la actuación invisible que ejercen los miembros de la junta de resolución de disputas, quienes, sin necesidad de intervenir formalmente en una disputa, son capaces de crear un ambiente de confianza y cooperación para que las partes alineen sus intereses, evitando el escalamiento de situaciones de conflicto.

La asistencia informal e incluso las intervenciones casuales de la junta de resolución de disputas en las reuniones y visitas periódicas son determinantes para generar ese clima de confianza. De ahí que se resalte las cualidades personales de los miembros de la junta de resolución de

disputas, para que en todas sus actuaciones (formales e informales) tengan la sapiencia para proceder con atino, independencia e imparcialidad, y con el objetivo prioritario de la consecución del proyecto.

4.3. La resolución del conflicto o evitación de la disputa bajo la perspectiva del proyecto

Otro aspecto sumamente importante que añade valor al sistema de solución de controversias es que la junta de resolución de disputas ejecuta sus funciones bajo la perspectiva del proyecto u obra.

La junta de resolución de disputas no está para representar los intereses o posiciones de alguna de las partes, sino que su actuación debe estar orientada al cumplimiento de los objetivos del proyecto u obra. Por eso, es que las soluciones que son propuestas por la junta de resolución de disputas (recomendaciones informales, opiniones no vinculantes y decisiones) siempre representarán salidas eficientes y ganadoras desde la perspectiva del proyecto.

Además, la junta de resolución de disputas interviene para la gestión de las disputas, en el sitio y en tiempo real de ejecución de la obra. Las disputas son gestionadas durante las visitas y reuniones periódicas, lo que permite a los adjudicadores tomar conocimiento e información oportuna y, de mano de los propios actores involucrados, sobre los hechos que representan potenciales situaciones de conflicto.

Por otro lado, en el caso que sea irremediable el surgimiento del conflicto, las controversias son resueltas de forma temprana, al mismo tiempo de ejecución de la obra y sin afectar su entrega. Esta característica conlleva a que las partes puedan obtener soluciones eficientes y oportunas a sus divergencias, pues aun cuando no se encuentren conformes —total o parcialmente— con la decisión emitida por la junta de resolución de disputas, tienen la obligación esencial de cumplir dicha decisión de forma inmediata, en beneficio del proyecto.

Este enfoque elimina la tradicional práctica de acumulación de controversias en arbitrajes, debido a que a través de la junta de resolución de disputas las partes podrán obtener una solución oportuna a sus diferencias al mismo tiempo de ejecución del proyecto.

5. REFLEXIONES Y APORTES A LA IMPLEMENTACIÓN DE LA JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

Consideramos sumamente positiva la inclusión de la junta de resolución de disputas como mecanismo alternativo pre arbitral en la normativa de contratación pública. Este mecanismo agrega valor y fortalece el sistema de solución de controversias de obras públicas, haciéndolo más eficiente y beneficioso para todos, pero sobre todo para el proyecto.

Las ventajas que ofrece la junta de resolución de disputas, en su actuación visible e invisible son incuestionables. No obstante, consideramos importante evaluar algunos aspectos para la aplicación y funcionamiento este mecanismo.

5.1. Sobre su ámbito de aplicación

La necesidad de contar con un mecanismo eficiente de solución de controversias es una preocupación común en los contratos de obra; por ello, considero que debería ampliarse la posibilidad de implementar la junta de resolución de disputas a todo contrato de construcción, sin distinción a su monto.

Una de las razones que pesan para la no inclusión de la junta de resolución de disputas en los contratos de menor envergadura son los altos costos que demanda contar con una junta de resolución de disputas de carácter permanente; no obstante, creo que podrían plantearse alternativas de costos y de servicios (tales como tarifas diferenciadas aplicables para contratos de menor envergadura, junta de resolución de disputas por componentes o prestaciones, entre otros), de modo que todos

puedan acceder a los beneficios que ofrece este mecanismo. Adicionalmente, la pandemia nos ha demostrado que es posible sostener reuniones y visitas virtuales a la obra, por lo que el empleo de la tecnología también se plantea como una alternativa importante para la aplicación de la junta de resolución de disputas.

De otra parte, existen otros contratos sujetos al ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones con el Estado que, si bien no son convocados como obra pública,[16] constituyen proyectos de inversión y se caracterizan por ser contratos de envergadura, de largo plazo y de naturaleza compleja, pues comprenden un conjunto de prestaciones, algunas de las cuales califican como actividades de construcción.[17]

Este tipo de contratos y otros similares donde se encuentran comprendidos la ejecución de actividades de construcción, también deberían poder acceder —si las partes así lo estiman conveniente— a la junta de resolución de disputas.

Creemos que las ventajas que ofrece la junta de resolución de disputas deberían estar disponibles para todos los contratos de obra, incluyendo aquellos que involucren prestaciones que califiquen como obra o actividad de construcción, de modo que puedan estar disponibles para quienes se encuentren interesados y convencidos de su eficacia.

16 De acuerdo al Anexo n.° 1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se define «obra» como la construcción, reconstrucción, remodelación, mejoramiento, demolición, renovación, ampliación y habilitación de bienes inmuebles, tales como edificaciones, estructuras, excavaciones, perforaciones, carreteras, puentes, entre otros, que requieren dirección técnica, expediente técnico, mano de obra, materiales y/o equipos.

17 A decir de los contratos de mantenimiento de infraestructura vial, como los contratos de conservación por niveles de servicios, contratos de mejoramiento o mantenimiento periódico y similares.

5.2. Sobre la posibilidad de emitir opinión sobre los adicionales de obra

Otro aspecto que debería reconocerse normativamente es la posibilidad que la junta de resolución de disputas pueda opinar sobre la necesidad de aprobación de adicionales de obra, y que dichas opiniones puedan ser utilizadas como sustento para la aprobación de prestaciones adicionales, por parte de las entidades públicas.

La normativa excluye del ámbito de aplicación de la junta de resolución de disputas, las controversias relativas a la aprobación de prestaciones adicionales; no obstante, no limita a que estas puedan emitir opinión no vinculante sobre la necesidad de ejecutar determinados trabajos necesarios para la ejecución de la obra.

Por lo que consideramos que debería aprovecharse la función consultiva como una oportunidad importante para obtener una opinión experta e independiente sobre los adicionales de obra. Las ventajas que ofrece este mecanismo permiten que las partes puedan contar una opinión legítima, objetiva y experta sobre la necesidad de aprobación de prestaciones adicionales, por parte de un panel, tiene conocimiento real y directo sobre el proyecto y sus objetivos. Si existe algún mecanismo u órgano idóneo para opinar sobre la necesidad de aprobación de un adicional de obra, no cabe duda de que es la junta de resolución de disputas.

5.3. Calificaciones y designación de miembros de la junta de resolución de disputas

Consideramos que no debería limitarse la participación de ningún miembro de la junta a una determinada formación profesional, porque lo que importa en este mecanismo es el conocimiento, la *expertise* y las habilidades personales de todos los miembros que conforman la Junta, aspectos no dependen de la formación profesional, sino que son resultado de la

experiencia y el aprendizaje de personas vinculadas a la ejecución de proyectos.

Por lo que un cambio importante sería eliminar cualquier restricción sobre las calificaciones exigidas para el presidente o miembro único, en aras de ampliar el mercado de adjudicadores sobre todo si se pretende extender la aplicación de este mecanismo a muchas más obras.

Por otro lado, si bien nuestra normativa contempla un procedimiento de selección conjunta para la elección del único miembro y dos de los miembros de la junta de resolución de disputas, consideramos que podría extenderse dicho mecanismo también para el presidente de la junta. La designación conjunta de los tres miembros de la junta de resolución de disputas es la práctica recomendada por la industria y es la alternativa que refleja de forma plena la seguridad de las partes sobre las cualidades y habilidades de los miembros de la junta de resolución de disputas.

5.4. ¿Limitaciones prácticas?

Un aspecto práctico que podría ser considerado como limitante es la exigencia del acuerdo de ambas partes para formular una opinión no vinculante a junta de resolución de disputas. No obstante, consideramos esta exigencia como acertada porque la petición conjunta de las partes empodera las recomendaciones emitidas por la junta, contribuyendo a reforzar su autoridad y legitimidad, aspecto que resulta sumamente relevante para el objetivo de la gestión temprana del conflicto.

Claro está que el éxito de la función consultiva no dependerá de la forma en que se realizan las consultas, sino de la legitimidad que logre crear la actuación de la junta de resolución de disputas sobre las partes, aspecto que no depende de una actuación particular, sino que es resultado del esfuerzo diario de la junta, a través de su actuación visible e invisible.

5.5. ¿Limitaciones al marco normativo?

Finalmente, el éxito de la junta de resolución de disputas, como mecanismo de solución de controversias, debe traer aparejado un cambio al marco normativo, que tienda a la flexibilidad, de modo que su actuación cuente con las herramientas necesarias para que el contrato se adapte a todas las circunstancias sobrevinientes que incidan sobre su ejecución.

La pandemia generada por el covid-19 nos ha demostrado que necesitamos contar con una regulación flexible sobre modificaciones contractuales. No basta reconocer la posibilidad de modificación contractual a determinados supuestos, esto resulta limitante cuando la realidad nos demuestra que un impacto puede superar los conceptos que son reconocidos tradicionalmente, máxime si la premisa es que el contrato se sostiene en el principio de equidad. Por lo anterior, existe la tarea pendiente de adaptar el marco normativo de contratación pública a un esquema más flexible, para que se complemente de forma idónea con la junta de resolución de disputas.

6. CONCLUSIONES

- La implementación obligatoria de la junta de resolución de disputas en los contratos de obra pública responde a la necesidad de contar con un mecanismo de solución de controversias eficiente, que contribuya a la gestión contractual y al cumplimiento de los objetivos del proyecto. Dicho mecanismo refuerza el sistema de solución de controversias, pues pasamos de un enfoque reactivo a un enfoque preventivo de controversias, lo que resulta muy valioso cuando de gestión de proyectos se trata.

- La implementación de la junta de resolución de disputas en nuestra legislación es importante desde tres perspectivas: (i) el entendimiento del proceso de formación del conflicto, dado que ahora

es visto de forma completa desde su etapa inicial; (ii) la intervención de las partes sobre la gestión del conflicto, pues ahora estas serán las protagonistas del manejo y la gestión de sus propias disputas; y (iii) la resolución del conflicto o evitación de la disputa bajo la perspectiva del proyecto, porque toda intervención de la junta estará enmarcada en el cumplimiento de la obra. Esto permite a las partes tomar acción directa de las potenciales situaciones de conflicto, desde su etapa inicial, pudiendo llegar a soluciones tempranas y eficientes con la ayuda de un panel experto en la ejecución de obras, que actuará en forma permanente motivado en el cumplimiento de la obra.

- Nuestra legislación regula el ámbito de aplicación, actuación y calificaciones de la junta de resolución de disputas. La inclusión obligatoria de la junta de resolución de disputas para proyectos de envergadura es beneficiosa, sin lugar a dudas. No obstante, consideramos que, a mediano plazo, debería evaluarse la posibilidad de flexibilizar su ámbito de aplicación a contratos de obra menores y a contratos que no califican como obra pero que cuenten con componentes y/o prestaciones que califiquen como actividades de construcción, de modo que todos puedan beneficiarse de dicha herramienta de gestión contractual.

- Adicionalmente, consideramos que se tiene pendiente evaluar las competencias de la junta de resolución de disputas en concordancia con el marco normativa de contratación de pública, ya que al ser este un mecanismo flexible requiere sostenerse en normas flexibles, capaces de adaptarse a los cambios que se requieran.

- Tenemos un desafío importante, que es la aplicación adecuada de la junta de resolución de disputas, para lo cual resulta vital la colaboración de todos los involucrados en la ejecución de una obra, para que hagan uso de todas sus potencialidades, sobre

todo para la aplicación de la función preventiva, que es la principal y más importante herramienta para la gestión riesgos del contrato.

LOS RETOS DEL ARBITRAJE INSTITUCIONAL COMO COLUMNA VERTEBRAL DEL ARBITRAJE

María del Carmen Tovar Gil *

Sumario: 1. Introducción.— 2. Las discusiones típicas.— 3. ¿Qué significa pactar el arbitraje como medio de solución de controversias?— 4. ¿Cuál es el riesgo de salirse del sistema de administración de justicia estatal para acudir al arbitraje?— 5. ¿Aplica lo dicho al arbitraje con partes estatales?— 6. Corolario.

1. INTRODUCCIÓN

En una charla hace unos meses, los participantes del panel coincidíamos en nuestra preferencia por el arbitraje institucional y comentábamos que para arbitrajes con partes estatales sería, incluso, no solo recomendable, sino necesaria.

Sin perjuicio de este respaldo al arbitraje institucional, asomó la inquietud que se sentía por la diversidad y disparidad de estándares de calidad entre las instituciones o centros de arbitraje, y por el hecho de que las instituciones o centros existen libremente sin mayores requisitos, regulaciones o autorizaciones.

* Magíster en Derecho con mención en Derecho Internacional Económico por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Catedrática del Curso de Electricidad en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesora a cargo en varios Diplomas de Especialización en Derecho de la Construcción y Arbitraje de Construcción, así como en Derecho de las Inversiones. Actualmente es socia del Estudio Echecopar.

En términos simples, lo cierto es que para establecer una institución que administre arbitrajes, cualquiera (para bien o para mal) puede crear una que existirá en la medida que (también para bien o para mal) reciba casos y logre subsistir.[1]

Esto es un efecto de la libertad de iniciativa y organización de las actividades económicas y es positivo, pero entraña como riesgo la posible proliferación de instituciones o centros dedicados a la organización de arbitrajes y genera inquietudes que van desde la preocupación de que el centro de arbitraje no sobreviva, hasta que sea usado con propósitos ilegítimos.

Es cierto que la existencia de centros sin un respaldo institucional puede derivar en experiencias prácticas negativas y las hemos visto cuando, por ejemplo, se incluye con entusiasmo en un contrato, una cláusula sometiéndose a un centro de arbitraje nuevo y prometedor, y llegado el momento de la controversia, el tal centro no cuenta con una lista de árbitros razonable, ni una directiva o administración competentes, o una estructura mínima que conlleve las ventajas que debe significar el arbitraje institucional.

Bastante más grave puede llegar a ser el problema si pensamos que puede crearse un centro con propósitos ajenos a una solución de conflictos legitima y dedicado a objetivos personales o incluso ilegales o delictivos.

La reacción inicial cuando esto se pone sobre la mesa es pensar (cómo no) en regular la existencia de centros de arbitraje e imponerles cargas y limitaciones, autorizaciones y supervisiones o controles. Esto debe, sin embargo, ser evaluado con mesura para evitar que los remedios

[1] En la ley de arbitraje peruana, en su artículo 7, la única condición que se establece a las instituciones arbitrales constituidas en el país es que deben ser personas jurídicas. Y cuando se trate de instituciones públicas con funciones arbitrales incorporadas en sus normas reguladoras, solo se señala que deberán inscribirse en el Ministerio de Justicia.

no solo no curen el mal que pretenden eliminar sino que desnaturalicen la institución generando distorsiones y medidas inadecuadas que, finalmente, terminan más bien en otros términos es preciso ser cautos con la reacción frente al problema no sea el remedio sea peor que la enfermedad.

Salí de ese panel con la idea de darle vueltas a lo que habíamos conversado, de meditarlo y de escribir algo sobre este tema. Y aquí van algunas notas que espero resulten útiles.

2. LAS DISCUSIONES TÍPICAS

Lo primero que hice para empezar fue dar una revisión general a lo que hay escrito. Ver a nivel de artículos o trabajos reportados qué se dice sobre la posibilidad de regular los centros de arbitraje. El resultado fue que poco o nada muy específico se encuentra.

La búsqueda te lleva a docenas de artículos sobre el arbitraje ad-hoc e institucional, las características de cada uno y las recomendaciones de cuando acudir a uno u otro y asuntos similares.

Centrándonos en el arbitraje institucional se encuentra muchísimo escrito sobre los distintos centros de arbitraje, describiéndolos en forma objetiva y dando cuenta los expertos y los usuarios de las ventajas y beneficios de los mismos y/o de las situaciones en las que puede ser mejor acudir a uno u otro. A ello se suman las muchas páginas informativas de los diversos centros de arbitraje nacionales o internacionales que dan extensa información sobre sus servicios y reglamentos.

Se añade también abundante literatura sobre como incorporar adecuadamente cláusulas de arbitraje en los contratos y sobre la importancia, los cuidados, recomendaciones y advertencias a quienes redactan contratos para que la cláusula sea útil y este exenta de patologías.

De otro lado, si bien es cierto que a nivel local vemos una serie de artículos relacionados sobre las restricciones para el arbitraje en contratación pública, escribir sobre la posibilidad, necesidad, conveniencia o inconveniencia de regular respecto de los centros de arbitraje, no es "tendencia".

Encontré sí sin embargo un artículo denominado *Standards for Arbitration Institutions* de noviembre de 2019, basado en unas notas de Alexis Mourre, como presidente de la ICC, en GAR Live Estambul. En este trabajo, con la habitual agudeza y claridad de conceptos que lo caracteriza el autor toca el tópico de la legitimidad de las instituciones arbitrales, el mercado en que ellas operan y el rol que deben cumplir para asegurar la integridad del arbitraje como un sistema global de justicia.[2] Este artículo ha sido muy útil para la reflexión e ideas que escribo.

Desde luego la pregunta que me hice ante este la poca literatura sobre el particular fue si debería persistir en escribir sobre este tema. O si, por el contrario, debo desistir asumiendo que no es algo que haya suscitado interés suficiente como para ser un «tema».

Luego de meditarlo un poco me incline por seguir. Ante la inquietud suscitada en el panel que antes mencioné, y frente a algunas iniciativas regulatorias relacionadas con el arbitraje estatal en el Perú que pueden ser más peligrosas que útiles, amerita, por lo menos, plantear algunas ideas.

Creo que es bueno analizar por qué si la realidad nos revela que la libertad en la organización de arbitrajes y servicios arbitrales puede plantear problemas, esto no es algo que a nivel del derecho comparado haya dado lugar a una tendencia en favor de la regulación de las actividades de las instituciones.

---

2 Disponible en <https://journal.arbitration.ru/analytics/standards-for-arbitration-institutions/>.

En las notas de Moore, destaca que sí se identifica la necesidad de que el estándar de los centros sea una preocupación. Vemos, en ese sentido, que indica sobre el arbitraje que:

> It is an autonomous and largely self-regulated system of justice, with its own soft law of procedure, its values, its institutions and its community of practitioners and academics. As such, it plays a fundamental role not only in the regulation of the global economy, but in the very functioning of the society as a whole. This is why questions of transparency, ethics and diversity have become so important for the legitimacy of international arbitration as a global system of justice. It is a global adjudication system of which arbitral institutions are the backbone.
>
> That is why without robust, ethical and experienced arbitral institutions, there can be no trust in arbitration.[3]

Se destaca así el rol de las instituciones arbitrales como columna vertebral del sistema de arbitraje internacional y se indica la importancia de que estas sean la base de la confianza en el arbitraje, y como para ello resulta importante el que cumplan con determinados estándares.

Este es, sin duda, un reto para el sistema de arbitraje internacional. ¿Pero, supone implantar algún tipo de control externo? Como veremos, esa es una tentación natural en nuestro medio, pero adelanto que mi análisis o ejercicio no me lleva a promover regulaciones estatales controlistas, sino para explicar que ello no es una respuesta a los retos actuales y que debemos, en todo caso, de identificar los riesgos y sus razones, y, eventualmente, tomar las medidas más apropiadas frente a las preocupaciones sobre los centros de arbitraje.

Me inclino, como se postula en las notas ya mencionadas, por situaciones más compatibles con la institución arbitral. Se dice así y lo cito pues resume con claridad lo que considero es el camino a seguir:

---

[3] Disponible en <https://journal.arbitration.ru/analytics/standards-for-arbitration-institutions/>.

> The challenges posed by the existence of an uneven and completely unregulated net of institutions should be addressed by self-regulation, soft rules and by a proper level of cross-institutional cooperation.

Elaboraré a continuación un poco el sustento para esta posición.

3. ¿QUÉ SIGNIFICA PACTAR EL ARBITRAJE COMO MEDIO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS?

Quizá como punto de partida lo mejor es ver qué es lo que supone acudir al arbitraje como medio de solución de controversias.

Cuando las personas o empresas vinculadas por algún acuerdo contractual pactan arbitraje, lo que hacen, en simple, es decidir voluntariamente que las discrepancias respecto de sus relaciones serán resueltas de acuerdo a un procedimiento que ellas mismas establecen. Se apartan voluntariamente de que sus diferendos sean definidos por las cortes estatales y pactan que serán resueltas por un tercero, aceptando que ello se haga propiamente fuera del sistema de administración de la justicia estatal.

Esto que es una decisión trascendente, se basa en que el marco legal ofrece a las personas la autonomía para apartarse de la justicia estatal y definir privadamente sus conflictos.

Es central destacar, que posibilidad de dar este paso, se basa en que justamente se considera una ventaja para objetivos y propósitos legítimos, el poder acudir libremente a un procedimiento que se rija bajo términos y condiciones que son en general considerados mejores y más flexibles para determinadas controversias que lo que ofrece la justicia estatal.

Aunque esto no es una carta libre a una total desregulación, pues el arbitraje está regulado y no solo con normas que aplican supletoriamente, sino estableciendo algunas restricciones o limitaciones, la alternativa del arbitraje, significa un importante espacio de libertad en manos de las partes y de aquellos a quienes estas les delegan solucionar la controversia.

En el menú de opciones del arbitraje existen como alternativos el arbitraje *ad hoc* y el arbitraje institucional. Se habla de arbitraje *ad hoc* cuando el procedimiento arbitral es conducido directamente por el árbitro o árbitros designados por las partes, sin necesidad de intervención o supervisión de alguna institución y se habla de arbitraje institucional, cuando el arbitraje es conducido y supervisado por una institución arbitral que toma responsabilidad sobre varios aspectos entre los que estará la designación de árbitros la fijación de honorarios y el soporte administrativo.[4]

Una de las ventajas del arbitraje institucional respecto del arbitraje *ad hoc*, consiste en que, si bien las partes sometidas a una cláusula arbitral se han apartado del sistema estatal de solución de controversias, encargando a un tribunal privado la solución del conflicto y han buscado que el tribunal a cargo del proceso tenga una flexibilidad que no es propia del sistema estatal, dicho tribunal estará sujeto a determinado marco prestablecido y puede ser supervisado por una institución que dé confianza y respaldo al proceso.

Ello da a las partes el confort de que, llegado el caso, para efectos distintos a los jurisdiccionales, podrán acudir a una instancia que supervise a los árbitros pidiendo su intervención. Así, por ejemplo, las partes saben que la fijación de los honorarios estará sujeta a criterios preestablecidos y a la eventual revisión por la administración del centro

4 El artículo 7.1. de la Ley de Arbitraje establece que el arbitraje puede ser ad-hoc o institucional, según sea conducido por un Tribunal Arbitral directamente u organizado y administrado por una institución arbitral.

y que, en casos de imponderables en el proceso o de preocupaciones respecto de la conducción, tienen una instancia a la que dirigirse, cosa que no se da cuando no hay de por medio una institución.

Sin desmerecer que pueda haber un espacio para el arbitraje *ad-hoc,* considero que el arbitraje institucional ofrece condiciones apropiadas para una expansión y extensión del arbitraje y es por ello que, por lo general, lo recomiendo, apuntando, desde luego, a elegir un centro de arbitraje de prestigio, que ofrezca realmente la garantía de que las ventajas que se busca estén presentes.

Si la recomendación de ir al arbitraje institucional se basa en la confianza que ofrecen las instituciones es legítima la inquietud sobre los peligros que entraña la que por la libertad existente proliferen instituciones arbitrales. ¿Conlleva ello un riesgo para el arbitraje? ¿Existen remedios a los riesgos? ¿Amerita algún tipo de medida especifica adicional?

4. ¿CUÁL ES EL RIESGO DE SALIRSE DEL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA ESTATAL PARA ACUDIR AL ARBITRAJE?

En realidad, si bien como decimos es lógico que la situación descrita pueda generar inquietud y que haya preocupación por la existencia de instituciones que no tengan estándares adecuados, una evaluación detenida nos permite afirmar que no debemos sobredimensionar el riesgo.

Como hemos visto, el arbitraje se dará en la medida en que se pacte y no puede pactarse siempre y para todo. Recordemos que la ley de arbitraje peruana, al igual que la mayoría de normas de arbitraje a nivel comparado, solo permite someter 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.

En la medida en que aquello que puedo arbitrar es, en principio, aquello que es de libre disposición, el que una parte, en ejercicio de esa libertad, defina dejar la «seguridad» del sistema de solución de controversias estatal, no pone en riesgo un interés público, sino, en todo caso, uno privado y disponible por las partes.

Es cierto que la norma señala que otras materias, no solo las disponibles, pueden, eventualmente, ir a arbitraje, en la medida en que esto se establezca en una ley o tratado. Volveremos sobre este tema en un momento.

Pero, claramente cuando se trata de una materia disponible, el permitir a las partes perder la seguridad de la supervisión estatal, para ponerse en manos de un tribunal privado, con o sin la participación de una institución arbitral, no debiera quitarnos el sueño. De hecho, las partes han dejado de lado la participación estatal por decisión propia, porque consideran que el acudir a otro sistema tiene un beneficio mayor para ellas; y, por lo tanto, en un balance de costos y beneficios han optado por dejar el Poder Judicial por el arbitraje.

De otro lado, debemos indicar que, incluso, las partes que han decidido arbitrar un tema disponible, no quedan totalmente fuera del control estatal, pues de hecho el sistema les permite que, si sus derechos fundamentales han sido vulnerados, puedan acudir a la justicia estatal y pedir la nulidad del laudo.

De acuerdo al artículo 62 de la Ley General de Arbitraje peruana puede presentarse recurso de anulación contra el laudo Y, si bien este recurso constituye la única vía contra el proceso arbitral, tiene por objeto la revisión de la validez por determinadas causales, que justamente están orientadas a corregir algún exceso en lo que haya sido el proceso arbitral.

Si bien está claramente prohibido a los tribunales 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 se permite anular el laudo cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe afectaciones graves a sus derechos procesales.

En tal sentido de acuerdo al artículo 63 de la Ley de Arbitraje peruana es posible anular un laudo cuando:

a) El convenio arbitral sea inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.

b) Una de las partes no haya 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) La composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable.

d) Que el tribunal arbitral haya resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.

e) Que el tribunal arbitral haya resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje.

f) Según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.

g) Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes.

Si nos fijamos bien, las causas de anulación son justamente un remedio adecuado a los riesgos que genera el haberse salido del Poder

Judicial, ya sea para ir a un arbitraje *ad-hoc* o, incluso, a un arbitraje institucional.

No se permite interrumpir el arbitraje ni una injerencia judicial en el proceso hasta la emisión del laudo. Lo cual es sano pues el permitir tal injerencia crea riesgos muy elevados para la institución y promueve malas prácticas en la defensa de los litigantes. Pero llegado el momento, si se ha vulnerado derechos fundamentales, si se ha llevado a arbitraje a quien no lo pactó, o en los términos que no fueron los pactados, si se ha resuelto sobre aquello que no era arbitrable o no había sido sometido al tribunal o si se ha vulnerado derechos fundamentales para alguna parte el laudo será nulo.

En el caso de un arbitraje que haya sido llevado al arbitraje institucional los excesos de un tribunal pueden ser materia de intervención por la institución, incluso, antes de llegar al laudo. Esto, desde luego, sin ir contra la autonomía jurisdiccional del tribunal. Y, si el problema es como lo hemos planteado, que el centro al que se haya acudido no responde adecuadamente una grave vulneración de los derechos, podrá, finalmente, ser cautelada a través de la anulación del laudo.

Esto no quita que las partes deban ser cuidadosas al establecer las cláusulas arbitrales y al elegir los centros de arbitraje cuidando que sean centros que gozan de un respaldo institucional y tienen una trayectoria.

Pero el pretender regular las instituciones no será lo que aporte la solución al sistema. Lo que debe suceder es que las instituciones arbitrales importantes, asuman con seriedad el rol de columna vertebral del arbitraje que tienen y se impongan altos estándares y difundan estos estándares obligando, de ese modo, a las otras instituciones a asumirlos.

Y la práctica nos enseña que esto es lo que se da, pues vemos que, por lo menos, a nivel del Perú, las instituciones arbitrales importantes y que gozan de respaldos institucionales, pues existen en el marco de una

Cámara de Comercio, una universidad importante o gremios después de las crisis sufridas por el arbitraje ha reaccionado cuidando más sus listas, incluyendo la confirmación y buscando la transparencia e información.

Estas son las medidas que debemos promover y el avance de unas instituciones supondrá un contagio por pura necesidad a otras instituciones que irá elevando el estándar. Esto, sin duda, no impide que en algún lugar pueda crearse un centro que no responda a los estándares o, incluso, que tenga propósitos ilegales. Pero esto no puede conllevar que todo el sistema se ponga en función de la excepción. Y el que pueda existir el tal centro no puede conllevar que, para excluirlo, condicionemos y distorsionemos un sistema que funciona bien.

Tenemos, en concreto, que los riesgos que asumen las partes al salir del sistema de justicia estatal para ir al arbitraje están limitados, pues, por un lado, no todo es arbitrable y, además, si algo grave sucede, quien se ve afectado tiene la posibilidad de acudir al sistema estatal para que este anule y deje sin lugar a un laudo que haya sido mal habido.

5. ¿APLICA LO DICHO AL ARBITRAJE CON PARTES ESTATALES?

La siguiente interrogante es, si lo que acabamos de expresar, aplica también a los arbitrajes en los que están involucradas partes estatales. En las notas de Moore que hemos citado, vemos que esto se recoge. Esta inquietud se indica diciendo lo siguiente:

> International commercial arbitration has also, since long, spilled over the boundaries of private disputes, with an increasing number of cases involving States and State-owned entities, thereby affecting the public interest in pretty much the same way as investment arbitration.
>
> Corruption claims, allegations of human rights violations, or claims related to carbon emissions and environmental breaches, are increasingly frequent in arbitration, as recently shown by an ICC report on arbitration and climate change.

> In the field of investment protection, in spite of the widespread criticism against the current system, arbitration remains the universally accepted forum.
>
> There is certainly a trend toward a much more diverse and multifaceted offer, with multilateral courts, FTAs, and a new generation of BITs co-existing with older treaties. But on a global basis, there will be no return to diplomatic protection or to the Calvo Clause, and arbitration will certainly not disappear.

En esa línea es relevante recordar que el artículo 63 de la Constitución peruana permite al Estado y sus entidades someter controversias a tribunales constituidos de acuerdo a tratados en vigor, o a arbitraje nacional o internacional en la forma como disponga la ley. En armonía con ello, la ley peruana de arbitraje no solo permite ir a arbitraje en casos de materias disponibles, sino también cuando esto se establezca en una ley o tratado. Y el incluir al arbitraje en la normativa estatal en el Perú ha sido una práctica extendida desde inicios de los años noventa, cuando se incluyó el arbitraje como medio de solución de controversias en los Tratados de Protección de Inversiones firmados por el Perú y también en diversas leyes, como son, entre otras, las que regulan las asociaciones publico-privadas y la contratación pública.

Con relación al arbitraje incluido en los tratados de protección de inversiones, el Perú, además, firmó la Convención Internacional de Arreglo de Disputas (Ciadi) en septiembre de 1991, ratificándola luego, y entrando ella en vigencia en septiembre de 1993. El Perú pudo adoptar un mecanismo de solución de controversias que incorpora el arbitraje Ciadi porque resulta compatible con sus normas constitucionales.

En la mayoría de los tratados de protección de inversiones celebrados por el Perú, se establece como una de las alternativas de solución de controversias el acudir al Ciadi. Esto es totalmente usual en los tratados de este tipo a nivel de los distintos países.

Al ser el Ciadi un centro formal que existe dentro del marco del Banco Mundial y que tiene una estructura organizacional con regulaciones y mecanismos de control, esta opción prevista en los tratados no genera una preocupación, desde el punto de vista de lo que hemos venido comentando, pues garantiza un arbitraje bajo una institución arbitral con respaldo y prestigio.

Si bien el sistema Ciadi excluye a los laudos del control de anulación en las jurisdicciones estatales, tiene en paralelo establecido un sistema propio de anulación de laudos, que cubre la contingencia de excesos que puedan llegar a darse en un procedimiento arbitral o en un laudo dictado por un tribunal arbitral, que haya podido impactar en los derechos a un debido proceso.

De otro lado, cabe también comentar que una parte importante de los Tratados establece además la posibilidad de acudir como foro alternativo al Ciadi a un arbitraje *ad-hoc* bajo las reglas de la Cnudmi, e, incluso, en algunos casos, se menciona también la posibilidad de otro tipo de arbitraje *ad-hoc*. Este tipo de disposición es también totalmente usual en lo que son los tratados de este tipo.

Es cierto que, a través de este tipo de cláusulas en los tratados, se permitiría arbitrajes *ad-hoc* bajo la administración del tribunal que sea designado, sin el marco de una institución arbitral.

La situación sería similar a la que hemos descrito para los arbitrajes en materias de libre disposición. Y, por lo tanto, los abusos procesales solo podrían combatirse a través de los pedidos de anulación del laudo.

En este caso, debemos reconocer que las relaciones que van a arbitraje no son necesariamente de la misma naturaleza que las controversias que califican como de libre disposición de partes privadas, y que pueden involucrar litigios importantes y delicados, por lo que es una preocupación legítima buscar procesos más controlados.

Es entendible que pueda generar inquietud que vayan a un proceso *ad hoc* sin las garantías de una institución de prestigio como es el Ciadi. Esto, especialmente, si tomamos en cuenta que no siempre las entidades públicas involucradas en estos diferendos cuentan con funcionarios que tienen el *expertise* o los recursos necesarios para enfrentar controversias en sede internacional sobre cuestiones complejas y sofisticadas.

Cabe, sin embargo, señalar que en nuestra opinión esta inquietud ha sido cubierta por el Estado, pues se ha establecido el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión, creando por Ley n.° 28933, reglamentada mediante el Decreto Supremo n.° 125-2008-EF. El sistema de coordinación del Estado está a cargo de las controversias internacionales de inversión con el objeto de garantizar una apropiada respuesta del Estado en los casos de arbitraje de inversión.

El sistema lo conforman el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) como coordinador y una comisión integrada, además del MEF, por representantes del Ministerio de Relaciones Exteriores, ProInversión, Ministerio de Justicia, Ministerio de Comercio y de las entidades involucradas en el caso concreto.

Con esto vemos que, a efectos de la solución de controversias previstas en los tratados, aun en casos de arbitrajes *ad-hoc*, existen mecanismos que aseguran que el Estado cuente con los recursos y medios apropiados para la defensa, y a través de ello, se protege en forma adecuada los intereses estatales, sin necesidad de apartarse de las cláusulas que son habituales en los tratados de inversión, ni intervenir regulatoriamente la institución arbitral.

Los otros arbitrajes con parte estatal que pueden ser relevantes para nuestro comentario son los que provienen de contratos en los que se ha incluido una cláusula de arbitraje. La Constitución permite resolver

controversias contractuales en la vía judicial o en la vía arbitral, y las leyes específicas permiten, y en algunos casos, obligan al uso de la vía arbitral.

Tratándose de Contratos de Asociación Publico-Privada, en ellos, por lo general, se incluyen cláusulas de arbitraje. En algunos casos, la cláusula lleva a arbitraje Ciadi y, en tal caso, estos procesos estarán bajo el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión de la Ley n.° 28933 y las preocupaciones estarían, como ya adelantamos, cubiertas.

En otros casos, sin embargo, las cláusulas de sometimiento a arbitraje pueden estar sujetas a otros centros de arbitraje internacionales o nacionales e, incluso, pueden estar sujetas a arbitrajes *ad-hoc*.

No hay, en todo caso, una regla, y dependerá de lo que los funcionarios, en su momento, incluyan en la cláusula arbitral materia del contrato. En mi experiencia hay una gran variedad de cláusulas y, si bien esto no significa que los procesos se lleven mal, si consideramos las muchas entidades estatales, especialmente, de nivel nacional regional o local pueden ir a un arbitraje *ad-hoc* o un arbitraje administrado por una institución arbitral que no cuente con los estándares apropiados que garanticen procesos adecuados.

Lo mismo ocurre en el caso del arbitraje previsto en contratación pública, que ha sido particular, pues desde el año 1997 en el Perú, las controversias relacionadas a todos los contratos de adquisición de bienes, servicios, consultorías y obras están sometidos a arbitraje, lo que ha conllevado una proliferación de arbitrajes que impone características al arbitraje en Perú que difícilmente se ven en otras jurisdicciones. En este caso, si bien las regulaciones han ido variando a lo largo de los años, durante el tiempo previeron indistintamente el arbitraje obligatorio, admitiendo, indistintamente, tanto el arbitraje *ad-hoc* como institucional.

Son en estos casos los que se podrían dar mayor preocupación y para el caso de arbitrajes de contratación publica la preocupación se ha manifestado a través de disposiciones en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado orientadas a evitar riesgos.

Entre las medidas que se han implementado una ha sido determinar que los arbitrajes bajo la norma de contratación pública sean institucionales, lo que nos parece adecuado para controversias en que participa una parte estatal. Consideramos que el incluir esta medida en la regulación específica de este tipo de contratos, es una medida que coadyuva a elevar las garantías en el manejo de controversias sin distorsionar la institución arbitral y saludamos como buena la medida.

A esto, sin embargo, se han sumado otra serie de medidas que derivan en tratar a los árbitros como funcionarios públicos y exigir que una entidad estatal, el OSCE, tenga un registro de árbitros y de instituciones arbitrales a las que se puede acudir.

No cabe duda de que el objetivo de evitar que se designen árbitros cuestionados y se acuda a instituciones arbitrales que no son recomendables es positivo, pero la regulación burocrática no ha conseguido otro resultado que el de hacer muy complejo el acceso a registro, y ha disuadido a los árbitros mas experimentados de estar en el mismo. Así, pues, las medidas no han tenido un impacto positivo para su propósito y lo único que han logrado es reducir el número de profesionales disponibles para este tipo de controversias y generar un problema al propio Estado. Esto nos demuestra que la solución de regular y querer controlar, distorsionando el sistema, no rinde y no lleva a resultados positivos.

Consideramos que, para lograr el objetivo, lo que debe hacerse es algo en una línea parecida a lo que hace el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión. Es decir, cuidar de que las entidades tengan los recursos y personas adecuadas. Esto debiera ser manejado, por ejemplo, a través del Sistema

de Defensa del Estado, dando directivas a las entidades y a los procuradores sobre el manejo del arbitraje.

6. COROLARIO

En nuestra opinión, las medidas de control regulatorio no constituyen un buen remedio para el arbitraje ni para aquel al que acuden partes privadas ni al que involucra partes públicas.

Es un reto para las instituciones arbitrales ir elevando los estándares y dando la confianza que el sistema requiere.

Es también una responsabilidad de los encargados de arbitrajes, tanto en el sector privado como en el sector público, ver que las cláusulas e instituciones arbitrales a las que se someten sean las mejores. Esto puede hacerse en el caso del Estado a través de capacitar a quienes toman estas decisiones y de directivas internas que aseguren una adecuada defensa.

YO, MUJER, ÁRBITRO, PERITO Y ADJUDICADORA

María Eliana Rivarola Rodríguez [*]

Sumario: 1. Sobre el arbitraje.— 2. Sobre las conciliaciones.— 3. Sobre el peritaje.— 4. Sobre la junta de resolución de disputas.— 5. Conclusiones.

A manera de presentación les digo que soy ingeniera civil de profesión, graduada y titulada en la Universidad Nacional de Ingeniería (UNI). No obstante, la justicia y, en especial, el derecho, siempre me han llamado la atención, razón por la cual quiero confesar que, si no hubiera sido ingeniera, probablemente habría estudiado leyes.

Desde muy joven —repito— los litigios me atraen; sin embargo, cuando llegó el momento de tomar una decisión sobre el futuro profesional, me definí por seguir la misma carrera que mi padre. A él —ingeniero— recuerdo que lo acompañaba a sus visitas de inspección a las diferentes obras por administración directa que, en ese entonces, ejecutaban las departamentales del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Pasó el tiempo, terminé la carrera y luego de más de dieciocho años de experiencia profesional (en muchos casos, trabajando con el Estado, y en otros, haciendo consultorías para empresas privadas) he obtenido

---

[*] Ingeniera civil por la Universidad Nacional de Ingeniería. Prestó servicios a diferentes entidades estatales y empresas privadas dedicadas a la construcción de obras civiles, y en el ramo de la consultoría, se dedica al gerenciamiento y a la asesoría. Actualmente es consultora independiente, árbitra, adjudicadora, perita y conciliadora extrajudicial.

un conocimiento que me permite incursionar en temas que considero importantes para la sociedad, como el arbitraje, la conciliación, el peritaje; y, en la actualidad, en el ámbito de la junta de resolución de disputas y *dispute board*.

Quiero decir que mi aprendizaje ha sido continuo. Desde muy pequeña he sabido que la constancia hace al maestro y que la práctica forma la maestría. Por ello, los cursos, congresos, seminarios y todo lo que podía ayudar a mi nueva vocación, nunca han faltado en mi vida.

He tenido la fortuna y el honor de ingresar a la nómina de árbitros de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), del Colegio de Ingenieros del Perú (CIP) y del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en donde pude llevar mis primeros procesos como árbitro, resolviendo las controversias de forma justa e imparcial.

Sobre lo anterior, quisiera resaltar el arduo trabajo de la PUCP, quien constantemente nos capacitaba mediante desayunos arbitrales o congresos. Allí participaban jueces y árbitros de gran prestigio. Todo esto me motivó a seguir en ese ambiente, trabajando con distintos abogados de renombre que me ayudaron a obtener los conocimientos y la pericia que hasta ese momento se me hacían esquivas.

Paralelamente, fui incursionando en la labor del peritaje, ayudando de esa manera a resolver las controversias de los diferentes procesos arbitrales que se suscitaban. Como se sabe, los ingenieros, a veces, manejamos terminología muy técnica que no es de rápido entendimiento para quien no está familiarizado con nuestro trabajo. En tal sentido, dentro del mundo del arbitraje de obras o de construcción, un perito es de mucha ayuda toda vez que simplifica y expone los hechos de una manera fácil de entender.

Finalmente, en el año 2018, fui nombrada presidenta de una junta de resolución de disputas, que me permitió acompañar la ejecución de una obra en cuestión, resolviendo los diferentes problemas que se presentaban. Esta es una labor que cumplo con esmero y entusiasmo hasta hoy.

Se puede decir, entonces, que siempre me ha gustado resolver controversias, ayudar a las personas a evitarlas y simplificar los problemas técnicos que, en muchas ocasiones, producen más dificultades.

Por todo lo antes dicho quiero hablarles de cuatro puntos eje en mi vida, los cuales son: 1) el arbitraje, 2) conciliación, 3) el peritaje y 4) la junta de resolución de disputas y *dispute boards*.

1. SOBRE EL ARBITRAJE

Si bien es cierto, esto es una revista de arbitraje, creo que es importante traer a colación la definición que para mí precisa la naturaleza del mismo. De esta manera, el arbitraje puede ser definido como una institución jurídica heterocompositiva, en virtud de la cual una tercera persona, objetiva e imparcial, nombrada por las partes mediante convenio, resuelve con base a una potestad específica el conflicto intersubjetivo de intereses jurídicos, en caso de ser la materia susceptible de libre disposición por las personas afectadas por la discrepancia.[1]

Sobre ello, se puede entender el arbitraje como el mecanismo que permite la resolución de un conflicto entre las partes por un tercero. Este tercero asume el papel o función de un juez y resuelve con su juicio (en base a las normas aplicables) el problema o los problemas suscitados, que las partes han sometido de mutuo acuerdo.

---

1 MONTERO AROCA, J., M. ORTELLS RAMOS, J.L. GÓMEZ COLOMER. *Derecho jurisdiccional*, vol. II, Bosch, Barcelona, 1995, p. 843.

Un apunte curioso sobre este método de resolución de controversias es que su nacimiento no data de una época actual. Para explicar sus orígenes tenemos que remontarnos hasta el Imperio romano. Es allí cuando la sociedad empezó a buscar mecanismos o formas de solucionar las controversias que se suscitaban. De esta manera, mediante la intervención de terceros imparciales, se solucionaban los conflictos suscitados en donde estos terceros tenían la última palabra. Es importante señalar que en ese momento los procesos judiciales no existían, razón por la cual se desprende que el arbitraje fue anterior. Así entendemos al arbitraje como la primera forma de solucionar los conflictos utilizando un tercero.

Ahora, una vez definido el concepto, es importante pasar a la clasificación del mismo. Así se tiene que el arbitraje puede ser de derecho o de equidad. El primero, caracterizándose por apoyarse en normas legales aplicables al caso; es decir, el árbitro o tribunal deberá resolver utilizando la normativa vigente y los preceptos que el ordenamiento jurídico protege, no siendo posible que resuelva con su único entender y lógica, como es el caso del arbitraje de equidad, pues en este tipo de arbitraje se resuelve según el leal saber y entender del árbitro o tribunal, no siendo necesario motivar la resolución final; es decir, el laudo arbitral.

En lo particular, dado que mi experiencia se basa principalmente en arbitrajes con el Estado, he visto más arbitrajes de derecho que de equidad, siendo este último poco utilizado, por el mismo hecho de que el laudo no es motivado ni mucho menos fundamentado, razón por la cual puede dar ese sinsabor a la parte perdedora de no saber en qué se basa el árbitro o tribunal para dar el fallo.

Ahora, si bien ya hemos señalado el concepto y la clasificación del arbitraje, quisiera detenerme en un punto muy importante que es el inicio del mismo, el convenio arbitral.

Citando nuestra Ley General de Arbitraje, se puede definir el convenio arbitral de la siguiente manera: «Acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza».[2]

Por otro lado, me parece importante tener en cuenta la definición que da el doctor Frank García-Ascencios, en su artículo *El convenio arbitral en el derecho peruano*, el cual lo define de la siguiente manera:

> El convenio arbitral es el acuerdo entre las partes para resolver sus controversias a través de un proceso arbitral. En términos técnicos, dicho acuerdo es un acto jurídico impropio, pues lo que se busca es la resolución de conflictos dentro de un proceso garantista. Por tal motivo, se afirma que el convenio arbitral provoca un doble efecto: uno positivo y otro negativo. Genera un efecto positivo, pues las controversias serán resueltas en un proceso arbitral donde las partes deberán cumplir con lo laudado. Asimismo, produce un efecto negativo, ya que otros órganos están impedidos de solucionar las controversias que mediante convenio arbitral se ha encargado de manera exclusiva a los árbitros.[3]

En efecto, se tiene que el arbitraje es una institución que no permite que otras jurisdicciones tengan efectos sobre él al momento de resolver, pues es autónomo e independiente de los otros métodos de resolución de conflictos existentes en el Estado peruano. No obstante lo anterior, es verdad que en ocasiones se necesita del Poder Judicial para realizar ciertos actos que no son posibles de efectuar siendo árbitros, los cuales son, por ejemplo, la orden de ejecutar un laudo, utilizando la fuerza coercitiva del Estado para su cabal cumplimiento. De otro lado, se tiene también el recurso de anulación de laudo arbitral, en donde el laudo es revisado por el Poder Judicial, a efectos de verificar si existe algún vicio

---

2 Decreto Legislativo n.° 1071, artículo 13, numeral 1.

3 GARCÍA-ASCENCIOS, Frank. «El convenio arbitral en el derecho peruano». *Athina*. Revista de derecho de los alunos de la Universidad de Lima, 2013, n.° 010. Disponible en <https://doi.org/10.26439/athina2013.n010.1160>.

de forma, mas no de fondo, que vulnere o haya vulnerado a la parte perdedora en el proceso.

Sobre el recurso de anulación de laudo, quisiera dar mi opinión al respecto. Si bien es un recurso que tienen todas las partes dentro de un proceso arbitral, es también cierto que últimamente ha sido —o está siendo— utilizado de forma incorrecta, buscando dilatar innecesariamente el proceso y dejar sin efecto lo fallado por los árbitros.

Pero ¿qué es el laudo arbitral? Es la decisión conclusiva del árbitro que pone fin al proceso arbitral, que declara fundada o infundada las pretensiones formuladas por las partes y que se vuelve título ejecutivo, en caso las partes deseen ir al Poder Judicial para la ejecución del laudo.

Ahora, es importante mencionar el contenido que debe tener el laudo. Lo resumo en los siguientes puntos: 1) el lugar en que se dicta el laudo; 2) nombre de los árbitros y de las partes; 3) las cuestiones sometidas al proceso arbitral; 4) la valoración de las pruebas en que se funda su decisión; 5) los fundamentos fácticos y jurídicos de las pretensiones, y 6) la decisión arbitral. Una vez emitido el laudo, este adquiere valor de cosa juzgada, siendo de obligatorio cumplimiento entre las partes.

Por último, quisiera mencionar algunos requisitos que, a mi parecer, son fundamentales para que una persona pueda ser árbitro y, de esa manera, dirija y resuelva las controversias en un proceso arbitral.

Comenzaré hablando de la independencia. Este requisito se centra, básicamente, en la no relación que debe tener el árbitro con alguna de las partes; es decir, el árbitro no puede mantener vínculos sustanciales o recientes con alguna de las partes, pues ello implicaría una preconcepción —favorable o desfavorable— desde antes de analizar el fondo de la controversia.

Segundo, el requisito de imparcialidad. Este criterio muchas veces se ha entendido pacíficamente por la doctrina como un criterio subjetivo. Es más, un deber ético, desligarse de todas las ideas personales para que la decisión emitida se base únicamente en las pruebas y en los alegatos aportados por las partes.

Tercero, el conocimiento del tema. Esta característica no se encuentra en muchos libros o artículos que hablan sobre qué cualidades debe tener un árbitro, pero lo considero importante, pues es fundamental que el ente imparcial tenga conocimiento sobre la materia que está siendo dilucidada en un proceso arbitral. De esa forma, no será lo mismo poner en un arbitraje de contrataciones del Estado a una persona que nunca ha tenido contacto con obras o con disputas con entidades públicas, a apostar por una cuya experiencia es larga en temas de contrataciones, que ha seguido cursos y llevado distintos seminarios. Es, pues, fundamental dicho requisito por dos motivos: el primero, debido a que da seguridad a las partes al momento de laudar, pues la persona que emitirá el fallo lo hará con conocimiento de la materia; y, segundo, porque una de las características principales del arbitraje es la resolución de conflictos por personas especializadas, requisito que va de la mano con la característica en cuestión.

A modo de conclusión, considero que el arbitraje es uno de los mejores medios que tiene el ser humano para resolver las controversias que se susciten entre la sociedad y el Estado. Uno, por su celeridad; dos, por su especialidad; tres, porque el laudo una vez emitido es inapelable. La celeridad del mismo permite que los problemas se resuelvan lo más rápido posible, entendiéndose que las partes desean acabar cuanto antes con las divergencias que se puedan presentar.

2. SOBRE LAS CONCILIACIONES

Siguiendo esa misma línea, la del arbitraje, decidí prepararme para ser conciliadora extrajudicial, curso que llevé en el Colegio de Ingenieros del

Perú durante siete meses. Cuando concluí mis estudios, inmediatamente me inscribí en el Poder Judicial, así obtuve mi certificado.

En los contratos con el Estado no se tiene la opción de conciliar. Sin embargo, las empresas del Estado sí utilizaban este mecanismo de solución de controversias. Siendo así y gracias al CARD PUCP participé como conciliadora extrajudicial en contratos con Sedapal, Petroperú, SIMA, entre otras empresas.

Esta capacitación me ha servido mucho en mi labor de adjudicadora en las juntas de resolución de disputas, ya que las habilidades «blandas» son un factor determinante, y, posiblemente, no lo hubiera logrado tan rápidamente en mi trabajo de hoy en día.

3. SOBRE EL PERITAJE

Ligado al arbitraje, tenemos el peritaje. Es un examen realizado por un profesional para responder todas las interrogantes planteadas por un tribunal arbitral o una de las partes sobre cuestiones que se caracterizan por ser técnicas, y, por ende, necesitan ser explicadas de una manera más plausible y de la forma más hacedera posible.

Ligado a lo anterior, se puede desprender, entonces, que el perito es una persona especializada en algún campo de la materia, ajena e imparcial al proceso arbitral en curso, cuyos conocimientos servirán para exponer, de manera clara y concisa, un argumento o posición que se está pretendiendo tener.

Como se observa, la imparcialidad es siempre una característica que está presente tanto en el arbitraje como en el peritaje, pues —me parece— es un elemento caracterizador que no puede dejarse de lado al momento de resolver algún conflicto entre dos o más partes. En efecto, ¿cómo podría un profesional ayudar a resolver una controversia si su opinión está sesgada? A todas luces no podría. Esto es así, ya que, como

bien lo mencioné al inicio del presente texto, solo los terceros imparciales serán capaces de dejar de lado las intenciones que tengan sobre un tema particular, para dar así un fallo que no se base en subjetividades, sino en argumentos sólidos y con una sustentación que valide lo fallado en el documento final.

Por mi parte, incursioné en el mundo del peritaje dado que siempre he estado relacionada con la ejecución y planificación de obras. Creo que el mayor aprendizaje que uno puede tener es a pie de campo. Allí es donde se experimenta la «realidad de las cosas», se pone en práctica los conocimientos y se vive aquello que un curso o seminario no te puede dar. La práctica, es el mayor maestro que se puede tener. La constancia, el mejor aliado. Así, teniendo años como ingeniera civil y viendo todo tipo de obras, decidí —una vez más, queriendo ayudar a solucionar los conflictos entre las partes— ofrecer mis conocimientos para dilucidar cuestiones técnicas y especializadas que los ingenieros conocemos a través del día a día, pero que, sin embargo, no es del todo cotidiano para los abogados que en ocasiones «sufren» intentando comprender un expediente técnico o quizás una valoración de obra.

En esta rama he realizado muchos trabajos periciales, aceptando designaciones no solo a tribunales arbitrales, sino también para las partes, en algunas ocasiones para la entidad y en otras para el contratista o supervisores. En muchos casos he tenido que constituirme al lugar de la obra, para tomar cabal conocimiento del problema y con ello desembarcar en las mejores decisiones.

Es así que por dos años consecutivos fui considerada en el *ranking* de Leader's League como dentro de los mejores expertos y peritos en temas de construcción.

4. SOBRE LA JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

A lo largo de mi vida profesional siempre he sabido que las controversias suscitadas entre un privado y una entidad pública han de ser resueltas por medio del arbitraje. No obstante, el arbitraje o el peritaje son medios que se utilizan para ayudar a resolver un conflicto ya iniciado, y esto por no poder solucionar sus diferencias o divergencias durante la ejecución de la obra.

La junta de resolución de disputas, luego de ser incorporada como un medio de solución de controversias en la Ley de Contrataciones con el Estado, ha tenido un gran y positivo impacto en materia de obras, pues, a diferencia del arbitraje, dicha junta se caracteriza por resolver las controversias antes de que se inicien.

Entonces podemos ver a la junta de resolución de disputas como a un órgano de resolución de controversias anterior a la sede arbitral. Igual que el arbitraje, se trata de un colegiado conformado por tres adjudicadores (o también por un solo adjudicador, dependiendo de la cuantía del contrato) en donde intervienen como terceros en la ejecución de la obra.

Actualmente, nuestra normativa estipula que solo es de obligatorio cumplimiento la incorporación de una junta de resolución de disputas para obras mayores a veinte millones de soles; no obstante, su incorporación puede ser pactada si así lo desean las partes, en autonomía de su propia voluntad.

En los contratos de obra cuyo valor oscile entre los cinco y los cuarenta millones de soles, la junta de resolución de disputas estará conformada por un miembro. Mientras que, cuando el contrato tenga un valor de cuarenta millones de soles a más, la junta estará conformada por tres miembros.

Sobre las características que definen a la junta de resolución de disputas, quisiera mencionar las siguientes: 1) los miembros son elegidos por las partes; 2) la junta es un órgano permanente; 3) la junta tiene dos funciones básicas: consultivas y decisorias.

Sobre la primera característica, al igual que en el arbitraje, las partes son quienes eligen a los adjudicadores de una lista que posee la institución encargada de llevar y manejar la junta de resolución de disputas. Esa institución, recibe el nombre de centro.

Sobre la segunda característica, se tiene que la junta de resolución de disputas debe ser conformada desde el inicio de la ejecución contractual hasta el momento de la entrega de obra. Ahora, un punto importante es que las funciones de la junta de resolución de disputas no se limitan ni se reducen a resolver las controversias que aparezcan entre las partes, sino que también los adjudicadores realizan distintas actividades como, por ejemplo: visitas periódicas a la obra, recomendaciones a las partes a manera de que el conflicto no crezca, redacción de informes o reuniones de trabajo para así llegar a tener una relación más directa con las partes y sus conflictos.

Por último, es importante señalar el carácter que poseen sus decisiones. Al respecto, se tiene que las decisiones emitidas por los adjudicadores de la junta de resolución de disputas son de carácter vinculante, por lo tanto, de obligatorio cumplimiento entre las partes.

No obstante, dichas partes pueden acudir a la instancia del arbitraje si es que consideran que lo resuelto por la junta de resolución de disputas vulnera algún derecho o interés propio. Lo interesante es que, incluso si las partes deciden ir al arbitraje, lo realizarán al final de la obra mientras lo resuelto por la junta de resolución de disputas sigue teniendo efectos de obligatorio cumplimiento, pues el desacato de la decisión emitida por la misma permite a la contraparte resolver de pleno derecho el contrato.

En ese sentido, se entiende, entonces, que la junta de resolución de disputas cumple tres funciones específicas. La primera, relacionada a la prevención del conflicto; es decir, trata de solucionar los problemas presentes en la obra antes de que se conviertan en controversias. Segundo, tiene un carácter consultivo, toda vez que los problemas que las partes presenten ante la junta deberán ser analizados por ella, dejando en claro su posición y la manera de solucionar aquellos problemas. Tercero, función decisoria, pues resuelve y tiene la última palabra sobre las cuestiones que generan un conflicto entre las partes, para que así no existan motivos de paralizaciones o no resoluciones del contrato de obra.

Es en este espacio, el de la junta de resolución de disputas, donde vengo trabajando arduamente, pues los problemas que se suscitan en las obras son el pan de cada día y hay que encontrar la mejor solución, oportuna y eficiente, antes de que se conviertan en controversias.

5. CONCLUSIONES

De esta manera, se tiene, entonces, por un lado, el arbitraje, un mecanismo de resolución de disputas que aparece cuando surge la divergencia y el conflicto de intereses entre las partes, siendo los árbitros las personas terceras e imparciales que resuelven la controversia y ponen fin al conflicto suscitado.

Por otra parte, se tiene que la junta de resolución de disputas aparece antes del surgimiento del conflicto, pues su función principal es atajar alguna controversia, previamente a que esta se transforme en problema, se agrande y se tenga que acudir al arbitraje. Se puede decir que es un método preventivo, más que resolutivo, pues lo que se busca es detener el problema desde su inicio, y así lograr que la obra se entregue dentro del plazo establecido y cumplir con el cronograma de la obra.

Considero que la junta de resolución de disputas va ganando terreno como el medio de solución de controversias preferido de las partes, para

cumplir con la programación establecida y que se llegue a concluir la obra dentro de plazos, pues así los costos de la misma serán menores a los de un proyecto con múltiples ampliaciones de plazo o adicionales, sumado a ello los costos y costas que podría generar un futuro arbitraje.

Ahora, como se ha explicado, dado que la junta de resolución de disputas es un método de prevención de conflictos relativamente nuevo, hay algunos vacíos legales que no regula la normativa vigente, debiendo esto ser subsanado y corregido por las instancias correspondientes a manera de que las partes y los adjudicadores tengan una mayor protección jurídica al momento de someterse a la junta.

Quisiera invitar a todos los lectores del presente libro a que se animen a formar parte de este mundo de árbitros o adjudicadores. Es una labor que vengo ejerciendo y que me ha permitido conocer a grandes profesionales, tanto en el mundo del derecho y la ingeniería, como de otras ramas y competencias.

Agradezco profundamente al doctor Mario Castillo Freyre por la invitación a participar en este libro, y solo me resta desearle éxitos y bienaventuranzas.

REVISIÓN DE LAS CRÍTICAS AL SISTEMA ARBITRAL Y LA IMPLEMENTACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL ABREVIADO

María Emilia Grijalva Reyes [*]

Sumario: 1. Introducción.— 2. Antecedentes.— 3. Principio de economía procesal en el arbitraje.— 4. Otras críticas al sistema arbitral.— 4.1. Diversidad o falta de ella.— 4.2. El actuar de los árbitros define la confianza de las partes en el arbitraje.— 4.3. El problema de corrupción que aqueja al arbitraje.— 5. Tiempo y costos en el arbitraje comercial local e internacional.— 6. El rol de las instituciones arbitrales para alcanzar la celeridad del arbitraje a través del procedimiento abreviado.— 7. Instituciones arbitrales que han incorporado a sus reglamentos normas para acelerar el procedimiento arbitral.— 7.1. Centro de Arbitraje de las Cámaras Suizas-Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional.— 7.2. Reglamento de Arbitrajes Simplificados del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.— 7.3. Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de Singapur.— 7.4. Reglamento del Centro Internacional de Resolución de Disputas para Procedimientos Expeditos Internacionales.— 7.5. Cámara de Comercio de Lima-Arbitraje acelerado.— 7.6. Arbitraje abreviado según el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.— 8. Ventajas y beneficios del procedimiento arbitral abreviado.— 9. Poten-

[*] Máster en Derecho del Comercio Internacional por la Universidad de La Rioja. Abogada de los tribunales y juzgados de la República de Ecuador.

ciales riesgos: nulidad e inejecutabilidad de los laudos arbitrales.— 10. Estadística de la ICC sobre casos arbitrales tramitados bajo el procedimiento abreviado.— 11. El principio de autonomía de la voluntad de las partes como fundamento del arbitraje abreviado.— 12. Mecanismos para implementar un procedimiento abritral abreviado.— 12.1. Vía proyecto de ley o reforma legal.— 12.2. Vía convenio arbitral o cláusula compromisoria.— 12.3. Vía reglamento de las instituciones arbitrales en el caso de arbitraje institucional o administrado.— 13. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje comercial, tanto local como internacional, ha sido foco de fuertes críticas por parte de los usuarios por lo oneroso que puede resultar y por el tiempo que puede tomar la sustanciación del proceso hasta la conclusión del mismo con un laudo arbitral. Ante estos problemas, numerosos centros de arbitraje alrededor del mundo han incorporado en sus reglamentos disposiciones tendientes a conseguir una mayor celeridad en la tramitación de los casos y como consecuencia de ello una reducción en los costos.

La Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), en el año 2017, incorporó en sus Reglas de Arbitraje un procedimiento arbitral abreviado y aunque varias instituciones arbitrales lo hicieron antes, la CCI al ser una organización influyente y un referente en materia arbitral a través de su Corte de Arbitraje, acaparó la atención de la comunidad arbitral a nivel mundial y sus normas han servido de guía para las instituciones arbitrales de otros países que han incorporado reglas para acelerar el proceso arbitral.

El agilizar la tramitación de un arbitraje y reducir sus costos implica un triunfo para los centros de arbitraje, el mismo que se traduce en un

mayor número de casos y por ende gozar de la confianza y fidelidad de los usuarios de este sistema.

2. ANTECEDENTES

Cuando se presenta un conflicto, nos agobiamos pensando en los gastos y el tiempo que va a tomar la resolución del mismo. La cultura litigiosa en el Ecuador y en general de muchos países de la región, nos empuja a creer que la única vía para acceder a la justicia es a través de la jurisdicción ordinaria, ante un juez que forma parte de la función judicial de determinado país, con una estructura y visión generalmente formalista.

El aparato judicial, en la mayoría de países (si no es en todos) se ha caracterizado por encontrarse atiborrado de casos, más aún a raíz de la pandemia por el virus covid-19, en el que muchos juzgados no pudieron adaptarse a la virtualidad ya sea por temas de costos, por la misma burocracia que conlleva todo proceso de cambio o mejora, o porque simplemente nadie contaba que la crisis sanitaria duraría tanto tiempo. Es así que, los métodos alternativos de solución de conflictos, una vez más, se presentan como una vía para descongestionar a la función judicial, brindar mayor celeridad y resoluciones robustas y eficaces a través de árbitros especializados e independientes que permitan a las personas naturales o jurídicas acceder a la tutela efectiva de sus derechos.

El origen del sistema arbitral data de mucho tiempo atrás, algunos atribuyen su nacimiento en la antigua Roma, otros en Grecia. Eduardo Jequier Lehuedé, en su artículo «Antecedentes histórico-jurídicos del arbitraje interno en Chile. Planteamientos para una revisión estructural impostergable» comenta que, en la antigüedad, los conflictos se sometían a la resolución de un tercero imparcial, ya fuera el jefe de la familia, el sabio, el jefe o sacerdote de la tribu o del clan, etc. Hay un relato que personalmente encuentro muy entretenido de la mitología griega denominado «Juicio de Paris».

Cuenta el relato que a la boda del rey Peleo y la ninfa Tetis, se invitaron a todas las diosas excepto a Eris, la diosa de la discordia. Eris se presentó de todas formas y lanzó una manzana de oro a la mesa indicando que sería ese el trofeo para la más bella de las diosas presentes. Hera, Atenea y Afrodita comenzaron una afrenta por ello. Zeus, al ver tal situación, pidió a Hermes que busque al mortal Paris para que sea el *árbitro* que ponga fin al conflicto y acompaña un pliego de instrucciones que sirvan de guía para resolver el pleito. Paris va entrevistando a cada una de estas diosas, y, finalmente, Afrodita le indica que, si falla a favor de ella, le entregaría a Helena, la más bella de las mujeres y esposa del rey de Esparta. Paris acepta y Afrodita cumple su promesa. Así se consolida el rapto de Helena que da inicio a la guerra de Troya.

Ahora bien, volviendo al tema que nos ocupa, vale la pena precisar los objetivos que ha perseguido el arbitraje y que se han ido consolidando con el tiempo, estos consisten en: (i) descongestionar el aparato judicial saturado por la cantidad de casos que llegan ahí diariamente y que ralentizan de forma importante el acceso a una justicia expedita y efectiva; (ii) un foro independiente del control de los Estados, pues un privado, sea este persona natural o jurídica, podría sentir que en procesos en los que una de las partes sea una institución de derecho público el ser juzgado por un juez que es parte de la función pública, que es servidor público, restaría independencia e imparcialidad a su criterio y se produciría un posible conflicto de intereses; (iii) proporcionar a comerciantes, inversionistas y partes de un contrato en general un foro apropiado, ágil y especializado para la resolución de sus disputas, especialmente, en el ámbito internacional, un foro que no esté atado a un país y un gobierno, en particular, sino que trascienda y tenga como base, además de la legislación que se haya pactado en el contrato, los usos y costumbres internacionales, principios generales del derecho y jurisprudencia arbitral internacional; (iv) que las partes puedan escoger las reglas que van a regular su procedimiento, así como determinar reglas adicionales que se ajusten a sus necesidades, las cuales se plasman a través del convenio arbitral.

En el Ecuador, a finales de mayo de 2016, entró en vigencia el Código Orgánico General de Procesos (Cogep) y con él la implementación del sistema oral en el Ecuador, lo que ha supuesto un importante avance en la justicia ordinaria y ha acortado considerablemente los tiempos procesales, ocasionando fuertes críticas por parte de los usuarios de los métodos alternativos de solución de conflictos a nivel local, quienes frente a esta reducción de tiempos en la justicia ordinaria, reclaman por una mayor agilidad en el sistema arbitral y una reducción en los costos. A nivel internacional, los usuarios, aunque generalmente con mayor capacidad adquisitiva, reclaman lo mismo, menor duración de los arbitrajes y menor costo del servicio.

Tratándose de una justicia alternativa, administrada por una institución arbitral privada; o, incluso, tratándose de un arbitraje *ad hoc,* las partes o una de ellas debe consignar un valor determinado para acceder al procedimiento arbitral. Cada institución arbitral y cada árbitro independiente generalmente fijan las tarifas de sus servicios, que varían de acuerdo al país, al tipo de arbitraje, al tamaño, prestigio y antigüedad del administrador del arbitraje, etc. El arbitraje es un mecanismo de solución de controversias oneroso y esa ha sido una de las principales críticas que ha sufrido desde el inicio, desembocando, inclusive, en que actualmente existan terceros que financian el litigio arbitral (*third-party funding*).

3. PRINCIPIO DE ECONOMÍA PROCESAL EN EL ARBITRAJE

La Corte Constitucional de Colombia en sentencia expedida el 19 de febrero de 1998, hizo referencia al principio de economía procesal y señaló que «consiste, principalmente, en conseguir el mayor resultado con el mínimo de actividad de la administración de justicia. Con la aplicación de este principio, se busca la celeridad en la solución de los litigios, es decir, que se imparta pronta y cumplida justicia».[1]

[1] Sentencia n.° C-037/98 de 19 de febrero de 1998, Corte Constitucional de Colombia, Juez Ponente ARANGO MEJÍA, Jorge, expediente D-1750, disponible en

Si bien la definición aparentaría estar apegada a la justicia ordinaria, este principio debe ser observado y aplicado en el sistema arbitral, de tal suerte que la economía se traduce en dos tipos de costos: (i) económicos, esto es, tasas y valores que se deben cubrir en razón del proceso arbitral y (ii) tiempos, esto es, la duración del proceso arbitral y sus fases, que no se presenten dilaciones innecesarias ni por las partes, ni por los árbitros, ni por las instituciones arbitrales en los casos de arbitrajes administrados.

Un proceso arbitral, en términos generales, dura entre seis meses y un año (en promedio); sin embargo, este tiempo puede extenderse si el caso es complejo, si las partes procesales presentan diversos incidentes, si la actuación de los árbitros o la práctica de la prueba se ve limitada en alguna forma, etc. Cabe entonces recordar que «las empresas desean una solución justa a sus pretensiones, pero, a la par de la justicia, valoran el que la misma sea tempestiva. Conocido es el adagio atribuido a Gladstone (9): «Justicia tardía es justicia denegada» - «*Justice delayed is justice denied*». No obstante, la realidad es que poco a poco el arbitraje va dejando de ser un sistema sencillo de dirimir contiendas entre dos partes, sometiéndolas a un tercero para devenir un proceso largo, complejo y caro. Esto crea preocupación en el mundo arbitral, puesto que los usuarios se preguntan por qué acudir al arbitraje, si sus dos principales ventajas se desvanecen».[2]

4. OTRAS CRÍTICAS AL SISTEMA ARBITRAL

Además de la inconformidad que algunos usuarios puedan sentir frente a duración y costo del arbitraje, existen otras críticas que se dan tanto el arbitraje comercial local e internacional, como en arbitraje de inversiones.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1998/C-037-98.htm#:~:text=C%2D037%2D98%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=El%20principio%20de%20la%20econom%C3%ADa,de%20la%20administraci%C3%B3n%20de%20justicia>.

2 MULLERAT BALMAÑA, Ramón María. «El tiempo y coste del arbitraje: cómo mantener el estereotipo». *La notaria*, ISSN 0210-427X, 2011, n.º. 4, pp. 79-93.

4.1. Diversidad o falta de ella

Ya sea que las partes hayan pactado en su contrato el designar árbitros de dentro o fuera de la lista de una determinada institución arbitral o una forma especial para designar árbitros, o que ellas designen o hayan acordado previamente una autoridad nominadora que proceda a tal designación, existe una fuerte crítica en torno a que (i) los árbitros se repiten en varias instituciones; (ii) una parte que es asidua en la utilización del sistema arbitral suele designar, en más de una ocasión, al mismo árbitro (iii) listas de árbitros muy cortas en algunas instituciones arbitrales. Así los «primeros jueces sean aquellos que el demandante y el demandado hayan elegido, a quienes el nombre de árbitros conviene mejor que el de jueces. Que el más sagrado de todos los tribunales sea aquel que las partes mismas hayan creado y hayan elegido de común acuerdo».[3]

4.2. El actuar de los árbitros define la confianza de las partes en el arbitraje

Los árbitros deben actuar en todo momento con ética, imparcialidad, independencia y objetividad. Cualquier falta hacia esos principios e incluso una apariencia de falta a estos principios que puedan generar una duda razonable en alguna de las partes ya podría dar lugar a una recusación del o de los árbitros, es por esto que las leyes de arbitraje, los reglamentos de instituciones arbitrales y/o sus códigos de ética y otros cuerpos normativos de *soft law* como son las Directrices de la IBA sobre los conflictos de intereses en el arbitraje hacen especial hincapié en el deber de revelación de los árbitros y sugieren posibles causales de excusa que puedan motivar dicha revelación.

Como bien afirma Vieira Morante «[a] diferencia de los jueces y magistrados, la condición de árbitro no se identifica, *per se*, con una

3 ROMERO, Seguel. «Nociones generales sobre la justicia arbitral». *Revista Chilena de Derecho*, 1999, vol. 26, n.° 2, pp. 405-430.

posición neutral en virtud de la profesión del árbitro. Conscientes de que esta cualidad de los árbitros es lo que determina, en definitiva, el prestigio del arbitraje y la confianza en la institución arbitral es el primer objetivo que se marcan las instituciones de fomento del arbitraje».[4]

4.3. El problema de corrupción que aqueja al arbitraje

De la mano con lo indicado en el acápite anterior, se presenta el problema de la corrupción, que también se ha hecho presente en el sistema arbitral. El *Diccionario panhispánico del español jurídico* de la Real Academia Española ha definido a la corrupción como el «comportamiento consistente en el soborno, ofrecimiento o promesa a otra persona que ostenta cargos públicos, o a personas privadas, a los efectos de obtener ventajas o beneficios contrarios a la legalidad o que sean de naturaleza defraudatoria».[5]

Y es que la administración de justicia, que debe permanecer independiente e imparcial, sin importar si la resolución la expide un juez o un árbitro, se ha visto influenciada por el poderío de algunos que buscan un fallo a su favor y para obtenerlo utilizan tácticas inescrupulosas como el soborno, el chantaje, etc. Las instituciones arbitrales deben prever en sus reglamentos la forma de mitigar este riesgo y de sancionar administrativamente a quienes caigan en él. Pero más importante aún, la legislación penal de los diversos países deben aplicar con firmeza las disposiciones tendientes a prevenir, frenar, investigar con celeridad y sancionar duramente los actos de corrupción.

---

4 VIEIRA MORANTE, Francisco Javier. «Una visión crítica del arbitraje». *El notario del siglo XXI*. Revista del Colegio Notarial de Madrid, 2014, n.° 58, pp. 144-147.

5 MUÑOZ MACHADO, S. (dir.). Real Academia de la Lengua Española. *Diccionario Panhispánico del español jurídico*. Madrid: Ed. Santillana, 2017. Disponible en <https://dej.rae.es/lema/corrupci%C3%B3n>.

5. TIEMPO Y COSTOS EN EL ARBITRAJE COMERCIAL LOCAL E INTERNACIONAL

Según De los Santos «en España hay más instituciones arbitrales que procedimientos arbitrales».[6] No hay certeza en el número exacto de instituciones arbitrales en España, pero se estima que, considerando solo aquellas de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España suman un total de 51 cortes arbitrales a las que habría que agregar otras 7, es decir, en España habrían alrededor de 58 instituciones arbitrales.

El mismo autor menciona que a lo largo de los últimos años se estima que se han sustanciado 450 a 700 procesos arbitrales, lo cual implicaría que cada centro de arbitraje manejaría alrededor de 7 a 12 arbitrajes al año, sin embargo, esto dista de ser verdad pues lo que sucede en realidad es que pocas instituciones arbitrales son las que abarcan la gran mayoría de procedimientos arbitrales y especialmente aquellos de cuantías importantes.

Otro estudio indica que hay «un gran número de instituciones arbitrales, quedando recogidas en este estudio 89, y solo entre las siete instituciones analizadas, el número de árbitros en panel llega casi a los 2.000».[7]

En el estudio referido en el párrafo precedente, consta que, la Asociación Europea de Arbitraje, por ejemplo, cerró el año 2018 con 300 procedimientos registrados, siendo la cuantía media del procedimiento 100.000€. Mientras que la Corte de Arbitraje de Madrid de la Cámara de

---

6 DE LOS SANTOS, Carlos. «¿Demasiadas instituciones arbitrales en España?». *Diario jurídico el arbitraje en España. Garrigues Opina*, 2012. Disponible en <https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/demasiadas-instituciones-arbitrales-en-espana>.

7 REINOSO LOZANO, Pablo. Consejo General de la Abogacía Española. «El arbitraje comercial en España. Misión de arbitraje en Miami: Contexto jurídico, instituciones, datos y método del arbitraje en España en 2019». *Abogacía Española*, 2019, pp. 1-28.

Comercio de Madrid en 2018 administró 111 casos, con un valor medio de 9 millones de euros.

En cuanto al tiempo de duración promedio de un arbitraje en España, se debe, en primer lugar, considerar la Ley de Arbitraje española n.° 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, la cual en su artículo 37.2 establece un plazo máximo de seis meses para que los árbitros expidan el laudo arbitral dentro del proceso a su cargo, contado a partir de la presentación de la contestación a la demanda o desde la fecha en que expidió el plazo para presentar dicha contestación. Además, dicha ley prevé la posibilidad de que los árbitros puedan prorrogar el tiempo para dictar laudo hasta por un plazo no mayor a dos meses, siempre y cuando motiven esta decisión de prórroga. Si bien, cada corte arbitral, maneja un promedio similar de duración, algunos casos por su naturaleza o por la agilidad de los árbitros en el despacho puede acortar ese tiempo, así como también casos más complejos o con partes que tienden a presentar numerosos incidentes a lo largo del proceso pueden extender la duración del arbitraje. En la práctica, existe diversidad en la duración promedio de los procesos arbitrales según cada institución arbitral. Por ejemplo, la Corte Española de Arbitraje (CEA) señala en su sitio web respecto de los procesos sustanciados ante dicha corte, que «la duración media no supera los nueve meses».[8] En cualquier caso, como señala Jiménez-Blanco, «frente a los 10 años en que se puede tener una decisión definitiva en vía judicial, en la vía arbitral la decisión definitiva puede obtenerse normalmente en el plazo de un año».[9]

Respecto a las tarifas o costes por el servicio de arbitraje en las diversas instituciones españolas y, en general, a nivel mundial, las cortes arbitrales, por ley, generalmente, tienen autonomía administrativa para establecer sus propios tarifarios. Así, se puede observar que, por

8 Corte Española de Arbitraje, © Cámara de Comercio de España, disponible en <https://www.camara.es/arbitraje-y-mediacion/corte-espanola-de-arbitraje>.

9 JIMÉNEZ BLANCO, Gonzalo. «¿Es caro el arbitraje? El confidencial», 2015, disponible en <https://blogs.elconfidencial.com/economia/arbitrando-que-es-gerundio/2015-10-14/es-caro-el-arbitraje_1058483/>.

ejemplo, los costes del arbitraje CEA comprende: derechos de admisión: 800 euros si la cuantía reclamada es inferior a los 300.000 euros, y a 1.000 euros, si la cuantía es superior. Los derechos de administración de la CEA son calculados con arreglo al anexo I del Reglamento. Los honorarios y los gastos razonables de los árbitros, fijará o aprobará la Corte de conformidad con el anexo II del Reglamento. En el estudio, al que se hizo referencia anteriormente,[10] consta un cuadro comparativo de las principales instituciones arbitrales españolas sobre los honorarios de dichas cortes arbitrales, a saber:

Nombre	Código deontológico	Procedimiento abreviado	Procedimiento *on line*	Segunda instacia	Número de artículo del Reglamento	Honorarios
Asociación Europea de Arbitraje	✓	✓	✗	✗	52	23 453,50 €
Corte Civil y Mercantil de Arbitraje	✗	✗	✗	✗	63	9802,00 €
Corte de Arbitraje de Madrid	✗	✓	✗	✗	52	26 269,10 €
Corte de Arbitraje del ICAM	✗	✓	✗	✗	61	24 845,00 €
Corte Española de Arbitraje	✗	✓	✗	✓	40	49 579,54 €
Centro Iberoamericano de Arbitraje	✓	✓	✓	✗	44	27 690,00 €
Sociedad Española de Arbitraje	✗	✓	✗	✗	27	No disponible
Tribunal Arbitral de Barcelona	✓	✓	✗	✗	50	21 049,89 €

Sin duda, acceder a la justicia a través de un centro de arbitraje supone un costo elevado, sin perjuicio de lo cual, los usuarios de estos servicios evalúan las ventajas que supone el sistema arbitral por sobre la justicia ordinaria por lo que estarían dispuestos a pagar los valores necesarios siempre y cuando reciban el servicio ágil, imparcial, independiente y especializado que esperan para resolver sus controversias.

10 REINOSO LOZANO, Pablo. Consejo General de la Abogacía Española. El arbitraje comercial en España Misión de arbitraje en Miami: Contexto jurídico, instituciones, datos y método del arbitraje en España en 2019, Abogacía Española, 2019.

En el Ecuador, al igual que sucede en España y en muchos otros países, las instituciones arbitrales tienen la facultad legal para autorregularse a través de sus reglamentos. El artículo 40 de la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante, LAM) ecuatoriana vigente, establece dicha atribución de los centros de arbitraje haciendo mención que sus reglamentos deben regular al menos: la manera de formular listas oficiales, tarifas de honorarios y su forma de pago, tarifas de gastos administrativos y su forma de pago, forma de designación del director y sus funciones y el establecimiento de un código de ética.

Así, los centros de arbitraje y mediación en el Ecuador gozan de autonomía administrativa para regular los aspectos antes indicados e incorporar normas tendientes a la satisfacción del usuario, a la correcta y legal prestación del servicio y a la consecución de los objetivos propios del sistema arbitral: celeridad, independencia y eficacia.

Por su parte, la misma LAM establece la duración de los términos que decurren en las diversas etapas procesales, así como el término que tienen los árbitros para expedir el correspondiente laudo arbitral (salvo que las partes hubiesen dispuesto una duración específica del arbitraje en el convenio arbitral).

Así, en la LAM se establecen expresamente estos tiempos:

- La dirección del centro de arbitraje debe calificar y disponer la citación en el término de cinco días desde que la demanda haya sido presentada (art. 11), sin embargo, el actor tiene cinco días desde que presenta la demanda para reformarla por una sola vez (art. 13). Además, debe entenderse que si la demanda no está completa se tendría ese mismo término para ordenar al actor completar lo que falte.

- Para la contestación a la demanda arbitral, la LAM contempla el término ordinario de diez días para que el o los demandados presenten su contestación (art. 11). Ahora bien, si el demandado tiene su domicilio fuera de la ciudad es deberá otorgársele un término de hasta el doble del ordinario para contestar la demanda (art. 12). Si no se logra ubicar el domicilio del demandado, se deberá citársele con la demanda a través de publicaciones por la prensa, que le otorga diez días término para contestar desde la última publicación (art.11).

- El artículo 25 de la LAM dispone que los árbitros una vez que declaren su competencia tendrán un término máximo de 150 días para expedir el correspondiente laudo arbitral, término que podrá ser prorrogado en casos estrictamente necesarios hasta por un periodo adicional.

De la simple sumatoria de los términos (comprende solo días hábiles) antes indicados se podría colegir que un proceso arbitral en el Ecuador dura, al menos, un año. Sin embargo, existen árbitros que despachan los procesos de forma expedita; existen casos en que el demandado no comparece, y, por tanto, pueden avanzar más rápidamente; existen casos en que las partes llegan a un acuerdo y el proceso concluye, incluso, antes de que se conforme el tribunal arbitral.

Es por esto que se podría concluir que un proceso arbitral en el Ecuador puede durar en promedio entre seis meses y un año. Este tiempo varía en la medida en la que se produzcan incidentes en el proceso, no necesariamente solo aquellos provocados por las partes, sino cualesquier otro que entorpezca el normal desenvolvimiento de un arbitraje.

En cuanto al costo del servicio, las tarifas de los centros de arbitraje en el Ecuador que son parte o nacieron de un gremio, son similares entre sí. Respecto de centros de arbitraje de universidades se observa un costo

inferior, sin embargo, la actividad de estos últimos es notablemente distinta a las de las instituciones arbitrales de cámaras de comercio o producción. Según datos del Consejo de la Judicatura, institución del sector público que registra a Centros de Arbitraje y Mediación en el Ecuador, conforme a los artículos 39 y 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación, hasta el 22 de noviembre de 2021 existen registrados diecisiete centros de arbitraje en este país. Al igual que sucede en España, solo algunos de esos Centros concentran la mayoría de casos.

En lo que respecta a otros centros como el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, recoge en sus cifras que, del año 2015 al 2020, en promedio, se reciben anualmente 340 radicaciones de demandas arbitrales. Las tres principales causas de demandas son de carácter comercial (1.400), administrativo (335) y civil, construcción e ingeniería privada (185). En lo que respecta a la duración de dichos casos, tratándose de pretensiones inferiores a los 500 millones de pesos tienen una duración inferior a los 15 meses o 1.3 años, mientras que casos con pretensiones superiores a los 100.000 millones de pesos suelen tardar hasta los 29 meses o 2.4 años.[11]

De otro lado, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima distingue los costos de arbitraje en distintos rubros: tasas de presentación (según sea arbitraje nacional o internacional), gastos administrativos que se determinan de acuerdo al monto de la demanda, honorarios del tribunal arbitral o árbitro único según sea el caso, arbitraje de emergencia y arbitraje acelerado. A continuación, se observan los valores correspondientes a tasas de presentación, gastos administrativos y honorarios para el caso de tribunal arbitral:

11 Cámara de Comercio de Bogotá. Centro de Arbitraje y Conciliación. Nota: «El Centro de Arbitraje y Conciliación de la CCB caracterizó los conflictos empresariales». Disponible en: https://www.ccb.org.co/Sala-de-prensa/Noticias-CCB/2021/Abril/El-Centro-de-Arbitraje-y-Conciliacion-de-la-CCB-caracterizo-los-conflictos-empresariales. Fecha: abril, 2021.

TASAS DE PRESENTACIÓN

ÍTEM	CCL-2018	
DERECHO DE PRESENTACIÓN	ARBITRAJE NACIONAL	
	SOLICITUD	S/ 500,00
	RESPUESTA	S/ 500,00
	ARBITRAJE INTERNACIONAL	
	SOLICITUD	S/ 2000,00
	RESPUESTA	S/ 2000,00
DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS	$ 1000,00	-
RECUSACIÓN DE ÁRBITROS	$ 2000,00	-

GASTOS ADMINISTRATIVOS

CUANTÍA EN US$	TASA	MONTO MÍNIMO (sin IGV)	MONTO MÁXIMO (sin IGV)
A. Hasta 20 000	US$ 2000 (monto fijo)	-	US$ 2000,00
B. De 20 001 hasta 50 000	US$ 2500 (monto fijo)	-	US$ 2500,00
C. De 50 001 a 200 000	1,00 % de la cantidad que exceda de US$ 50 000	US$ 2 500,00	US$ 4000,00
D. De 200 001 a 500 000	0,80 % de la cantidad que exceda de US$ 200 000	US$ 4 000,00	US$ 6400,00
E. De 500 001 a 2 000 000	0,50 % de la cantidad que exceda de US$ 500 000	US$ 6 400,00	US$ 13 900,00
F. De 2 000 001 a 10 000 000	0,40 % de de la cantidad que exceda de US$ 2 000 000	US$ 13 900,00	US$ 45 900,00
G. De 10 000 001 a 50 000 000	0,25 % de de la cantidad que exceda de US$ 10 000 000	US$ 45 900,00	US$ 145 900,00
H. De 50 000 001 a 152 050 000	0,20 % de de la cantidad que exceda de US$ 50 000 000	US$ 145 900,00	US$ 350 000,00

HONORARIOS DEL TRIBUNAL ARBITRAL

CUANTÍA EN US$	TASA	MONTO MÍNIMO (sin IGV)	MONTO MÁXIMO (sin IGV)
A. Hasta 20 000	US$ 6000 (monto fijo)	-	US$ 6000,00
B. De 20 001 hasta 50 000	US$ 7500 (monto fijo)	-	US$ 7500,00
C. De 50 001 a 200 000	2,40 % de la cantidad que exceda de US$ 50 000	US$ 7500,00	US$ 11 100,00
D. De 200 001 a 500 000	1,95 % de la cantidad que exceda de US$ 200 000	US$ 11 100,00	US$ 16 950,00
E. De 500 001 a 2 000 000	1,20 % de la cantidad que exceda de US$ 500,000	US$ 16 950,00	US$ 34 950,00
F. De 2 000 001 a 10 000 000	0,96 % de de la cantidad que exceda de US$ 2 000 000	US$ 34 950,00	US$ 111 750,00
G. De 10 000 001 a 50 000 000	0,60 % de de la cantidad que exceda de US$ 10 000 000	US$ 111 750,00	US$ 351 750,00
H. De 50 000 001 a 171 833 334	0,45 % de de la cantidad que exceda de US$ 50 000 000	US$ 351 750,00	US$ 900 000,00

Por su parte, tenemos a la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de Arbitraje, una de las instituciones arbitrales con mayor presencia y relevancia a nivel mundial. La ICC al ser un formulador de herramientas de comercio exterior ampliamente aceptadas y acogidas como lo son las reglas Incoterms, UCP 600, entre otros, constituye un referente respetado por la comunidad de comerciantes a nivel general y, por tanto, constituye un foro apropiado para resolver conflictos en materia comercial entre empresas y personas de diversas nacionalidades y domicilios.

Al ser la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC, una de las instituciones arbitrales más comprometidas en brindar un servicio diferenciado a sus usuarios y estar a la vanguardia en cuanto a mejoras en sus procedimientos y en el manejo de sus recursos.

En el 2007 publicó la primera edición del informe sobre «Técnicas para controlar el tiempo y los costos en el arbitraje», elaborado por la Comisión de Arbitraje y ADR de la CCI, particularmente, por el grupo de trabajo conformado para abordar el tema de «Reducción del tiempo y de los costos en el arbitraje», la segunda edición de dicho informe se publicó en el año 2018.

Este documento ha constituido una guía valiosa para numerosos centros de arbitraje y árbitros alrededor del mundo que con base en la experiencia de la ICC implementan y adaptan a sus reglamentos y reglas de procedimiento, y órdenes procesales las mejores prácticas de este gigante del arbitraje internacional.

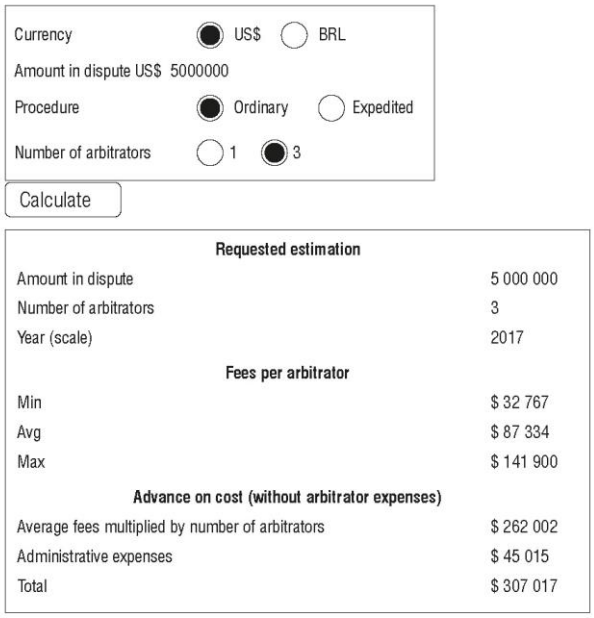
La ICC también publicó en el año 2018 la Guía denominada «conducción eficaz del arbitraje», y que contiene lineamientos y consejos para abogados y representantes de las partes para reducir incidentes y reducir la duración y costos del arbitraje. En la introducción de dicho documento se hace referencia a que un arbitraje puede durar entre uno a dos años, y si es que hay complicaciones o incidentes alargarse por tres o cuatro años, lo que nos da un espectro de duración de los arbitrajes ICC.

Por su parte, el Reglamento de Arbitraje de la CCI establece en su artículo 22.1 «El tribunal arbitral y las partes deberán hacer todos los esfuerzos para conducir el arbitraje de una manera expedita y eficaz en término de costos, teniendo en cuenta la complejidad y el valor de la controversia».

En lo que respecta a los costos arbitrales en un arbitraje a ICC, tenemos a continuación los valores que conllevaría un arbitraje ante dicho centro por una cuantía de cinco millones de dólares (ver imagen n.º 1).

Aunque los costos arbitrales de la ICC son altos en comparación a varias instituciones arbitrales, la trayectoria, prestigio y confianza que transmiten a sus usuarios, hacen que sea la institución arbitral preferida a nivel internacional según las encuestas efectuadas en los últimos años por la Universidad Queen Mary de Londres.

Imagen n.º 1



6. EL ROL DE LAS INSTITUCIONES ARBITRALES PARA ALCANZAR LA CELERIDAD DEL ARBITRAJE A TRAVÉS DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Como se indicó anteriormente las instituciones arbitrales son las responsables de satisfacer *prima facie* las necesidades de sus usuarios, brindando una lista de árbitros diversa y con profesionales reconocidos, reglas claras, transparentes y flexibles en el que prime la voluntad de las partes, recursos que permitan una conducción eficaz del arbitraje, entre otras herramientas. Generalmente, todas estas medidas, se adoptan vía reglamento o a través de apéndices o de documentos independientes pero que forman parte del servicio de arbitraje de esa institución arbitral.

Por lo anterior, son los centros de arbitraje domésticos e internacionales, los que han generado reformas o nuevos servicios para atender a

dos necesidades esenciales de sus usuarios: reducción de tiempos y reducción de costos.

Así nace el procedimiento abreviado de arbitraje, también conocido como arbitraje *express*, simplificado, acelerado o arbitraje *fast-track*, con el objetivo de brindar mayor celeridad o agilidad en las etapas procesales de un proceso arbitral, en la medida en que las leyes de arbitraje propias de cada país lo permitan, para ello se contemplan las siguientes características generales:

- Está concebido principalmente para casos de cuantías pequeñas, situación que puede resultar algo subjetiva de acuerdo a la experiencia y tarifarios de cada centro.

- Por default en este tipo de procedimientos abreviados se busca que la causa sea sustanciada por un árbitro único pues coordinar agenda y ponerse de acuerdo en un tribunal colegiado puede resultar retador.

- En la medida de lo posible, se procurarán establecer tiempos más cortos para las diversas etapas procesales.

- Implementar canales expeditos para presentación de escritos y notificaciones. Incluso algunos reglamentos o árbitros pueden limitar la cantidad de escritos a ser presentados durante el trámite.

7. INSTITUCIONES ARBITRALES QUE HAN INCORPORADO A SUS REGLAMENTOS NORMAS PARA ACELERAR EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Son varias las instituciones arbitrales a nivel mundial que han incorporado en sus reglamentos, normas tendientes a agilizar los arbitrajes a su cargo. Y es que esto responde, como se ha señalado anteriormente, a una necesidad imperante de sus usuarios y a un ánimo de los centros de

arbitraje de brindar un mejor servicio, ganar más adeptos, fidelizar a los usuarios recurrentes y competir con otros instituciones que brindan los mismos servicios tanto a nivel local como internacional; y, especialmente en el caso de centros de arbitraje locales, competir también con la función judicial que aunque generalmente se encuentra atiborrada de casos cuenta con un mayor número de casos y usuarios por su gratuidad, en algunos casos, o porque aunque conlleve ciertos costos, estos, por regla general serán menores a los de un proceso arbitral.

Entre los centros de arbitraje que han incorporado normativa de arbitrajes abreviados, se encuentran:

7.1. Centro de Arbitraje de las Cámaras Suizas-Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional

Esta institución menciona en su reglamento, que todos los arbitrajes instaurados ante dicho Centro que no excedan la cuantía de 1 millón de CHF (francos suizos) deberán someterse a un procedimiento arbitral abreviado. La cuantía se calcula al momento de la recepción de la respuesta a la notificación de arbitraje, independientemente de cualquier incremento que hubiere en la cuantía de la demanda o de la reconvención que pudieren plasmarse con posterioridad en sus correspondientes memoriales. Además, se podrá aplicar el procedimiento abreviado a arbitrajes de cuantía mayor a la indicada si las partes así lo acuerdan expresamente. La principal ventaja que conlleva este procedimiento es que el laudo deberá dictarse en un plazo de seis meses a partir de la fecha en que se entregue el expediente al árbitro.

7.2. Reglamento de Arbitrajes Simplificados del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo

Este reglamento entró en vigencia en enero del año 2017 y supone modificaciones interesantes al «tradicional» procedimiento arbitral abre-

viado. De conformidad con lo establecido este Reglamento, «la presentación de la solicitud de arbitraje y la contestación constituyen también la presentación del escrito de demanda y del escrito de contestación a la demanda, respectivamente (lo que se conoce como "*frontloading the case*" o "anticipación del caso"). De esta manera, el número de escrito y plazos está limitado».[12]

Además, en el arbitraje simplificado ante este centro, será un árbitro único quien lo sustancie y resuelva. Para ello, fijará un calendario procesal tras siete días desde que se le entrega el expediente y debe emitir el laudo en un máximo de tres meses contado a partir de ese momento.

7.3. Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de Singapur

Con fecha 1 de agosto de 2016 entró en vigencia la sexta edición del Reglamento de Arbitraje SIAC. Este procedimiento abreviado solamente será aplicable si una o ambas partes así lo solicitan expresamente y si se cumplen las siguientes condiciones: (i) la cuantía de la demanda no excede los 6 millones de SGD, incluyendo demanda, reconvención y cualesquier otra compensación que debiere incluirse (ii) si las partes así lo acuerdan; o (iii) en casos de una emergencia catalogada como excepcional. Además, este Arbitraje SIAC, elimina el requisito de que el tribunal celebre obligatoriamente una audiencia para el interrogatorio de testigos o peritos, o para formular alegaciones orales. Finalmente, estas reglas contienen una «cláusula de salvaguarda» que permite que se continúe la tramitación del arbitraje conforme al procedimiento ordinario si el procedimiento abreviado ya no es el adecuado.

---

12 MANTILLA-SERRANO Fernando, Diego ROMERO, Claudia SALOMON y Leticia SITGES. «La CCI lanza nuevas reglas de procedimiento abreviado». *Latham & Watkins Client Alert Commentary*, 2017, núm. 2175, pp. 1-5, disponible en <lw.com/thoughtLeadership/CCI-nuevas-reglas-procedimiento-abreviado>.

7.4. Reglamento del Centro Internacional de Resolución de Disputas para Procedimientos Expeditos Internacionales

Las reglas de este centro para procedimientos abreviados se aplicarán a aquellos casos cuyo monto no exceda de los USD 250.000 o en tratándose de cualquier otra cuantía si las partes así lo pactan o acuerdan expresamente. Estas reglas establecen que el laudo deberá emitirse en el plazo de treinta días, contados desde la finalización de la audiencia o la fecha de la recepción de los memorandos finales.

Fernando Mantilla Serrano, Diego Romero, Claudia Salomón y Leticia Sitges, elaboraron un cuadro que resume el procedimiento de arbitraje abreviado contenido en los reglamentos antes señalados, a saber:

	REGLAS SUIZAS	CCE	SIAC	ICDR	CCI
Monto máximo en litigio (US$)	993,00 US$ aprox (1 millón de CHF)	N/A	4,28 millones de US$ aprox. (6 millones de SG$)	250.000 US$	2 millones de US$
Aplicación automática	Sí	No (pacto expreso requerido)	No (pacto expreso requerido)	Sí	Sí
Capacidad para no aplicar el procedimiento abreviado	Sí	No*	No, salvo solicitud a instancia de parte	No	Sí
Litigio dirimido sobre la base de pruebas documentales (sin audiencia)	Sí, cuando proceda	Sí, cuando proceda	Sí, cuando proceda	Sí, cuando proceda	Sí, cuando proceda
Marco temporal para dictar laudo	6 meses desde el traslado del expediente al árbitro	3 meses desde el traslado del expediente al árbitro	6 meses desde la constitución del tribunal	30 días naturales desde la finalización de la audiencia o la recepción de los memoriales finales	6 meses desde la conferencia sobre la conducción del procedimiento

* Sin embargo, las Reglas de la CCE permiten a las partes la tramitación del procedimiento conforme a un arbitraje ordinario si las circunstancias así lo requieren.

7.5. Cámara de Comercio de Lima-Arbitraje acelerado

El Centro Nacional e Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, pionera a nivel regional, brinda a sus usuarios, desde el año 2017, la posibilidad de acceder a un proceso de arbitraje acelerado en dos casos (i) para disputas que no excedan los USD 50 mil, a cargo

de un árbitro único, quien percibe un honorario fijo establecido en la Tabla de Aranceles del Centro; (ii) aquellas controversias en que las partes acuerden someterse al arbitraje acelerado, cualquiera sea el monto en disputa, contando con la confirmación del Centro de Arbitraje.

Respecto a las reglas aplicables al arbitraje acelerado, la Cámara de Comercio de Lima establece que sea sustanciado por un árbitro único, sin dejar cerrada la posibilidad de que también pueda desarrollarse con un tribunal arbitral. En segundo lugar, una vez que se dé respuesta a la solicitud de arbitraje, las partes podrán presentar un solo escrito de demanda, una contestación a la demanda y reconvención en su caso, y, de ser aplicable, una contestación a la reconvención en un plazo de cinco días hábiles. Inclusive, el árbitro único o tribunal arbitral pueden delimitar el número de páginas de cada escrito, para resguardar la celeridad que se procura en cada caso y están también facultados para aceptar o no una o varias pruebas. Respecto al tiempo que se tiene para expedir el laudo en un arbitraje acelerado, el reglamento de la CCL establece un plazo de tres meses a partir de la fecha en la cual la autoridad arbitral queda constituida.

7.6. Arbitraje abreviado según el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional

La Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) reformó sus reglas de arbitraje, incorporando el procedimiento abreviado o *expedited procedure*, mismo que entró en vigencia el 1 de marzo de 2017 y que ha sido ampliamente reconocido a nivel mundial. La CCI no solamente reduce los tiempos de arbitraje, sino los costos en casos de hasta determinada cuantía, como se verá más adelante; sin embargo, por el principio de irretroactividad de la norma, el procedimiento abreviado únicamente aplicará si el convenio arbitral fue celebrado con posterioridad al 1 de marzo de 2017.

Este procedimiento abreviado se aplicará automáticamente si es que las partes en el convenio arbitral pactaron someterse a un arbitraje ICC, la cuantía del conflicto no supera los dos millones de dólares de los Estados Unidos de América, el caso será conocido por un árbitro único, salvo que las partes excluyan expresamente someterse a este tipo de procedimiento; asimismo, en caso de que la cuantía sea superior pero las partes deseen someterse a este tipo de procedimiento, podrán hacerlo.

Finalmente, en el caso de que se determine, por las circunstancias del caso, que no es conveniente someterlo a un procedimiento abreviado, se podrá realizar a través del procedimiento ordinario.

Adicionalmente, se prevé en estas reglas de arbitraje abreviado, que el árbitro puede decidir que la controversia se resuelva únicamente en base a los documentos presentados por las partes, sin audiencia ni examen de los testigos o expertos y que el arbitraje concluya en el menor tiempo posible, para lo cual se fija un término de seis meses para dictar el laudo, contados a partir de la fecha de la audiencia o conferencia sobre la conducción del procedimiento.

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte podrá prorrogar el plazo a solicitud del tribunal arbitral o por iniciativa propia, si las circunstancias particulares del arbitraje así lo exigen.

Otra de las novedades de este procedimiento abreviado en la ICC, es que no se contempla la elaboración de un Acta de Misión, que consiste, esencialmente, en un documento elaborado por el tribunal arbitral que facilita la conducción del proceso arbitral y la delimitación de su competencia.

El artículo 23 del Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC, establece el contenido del Acta de Misión a ser elaborada por los árbitros, la cual debe establecer, al menos: nombres y datos de contacto de las partes y sus abogados y de los árbitros, dirección

para notificaciones y comunicaciones, resumen de las pretensiones y peticiones de las partes, cuantía de demanda y reconvención, puntos litigiosos a resolver (salvo que el tribunal considere inadecuado incorporar este punto), sede del arbitraje, normas aplicables al procedimiento, poderes conferidos a los árbitros para actuar como amigables componedores o decidir en equidad (*ex aequo et bono*).

Ahora, si bien todas estas medidas aplicadas por la ICC y por muchas otras instituciones arbitrales, pueden ser bien vistas y apreciadas por la comunidad arbitral, también pueden ser utilizadas para provocar incidentes y buscar causales de nulidades del laudo arbitral, como se analizará más adelante.

8. VENTAJAS Y BENEFICIOS DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL ABREVIADO

El procedimiento arbitral abreviado ante la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC, sin duda constituye un referente internacional para la comunidad arbitral, al ser uno de los centros con mayor afluencia de casos en materia comercial. Estas normas colaboran a la resolución eficiente, ágil y económica de aquellas disputas que a simple vista parecerían no ser complejas o que por su cuantía menor se asume que no lo sean. Ahora bien, si la cuantía no es un factor determinante para medir la complejidad de un contrato o de las controversias que pudieran surgir de este, las partes deberán tener esto en cuenta para excluir la aplicación del procedimiento abreviado, salvo que el contrato o el convenio arbitral hubiesen sido suscritos con anterioridad a la entrada en vigencia del último reglamento de arbitraje de la ICC.

Otro punto importante que se transforma en beneficio a través del procedimiento arbitral es simplificar la etapa de constitución del tribunal arbitral que suele tomar un tiempo y trabajo considerable, y que, además, suele ser determinante para la sustanciación del proceso e incluso una

posible causa de nulidad de los laudos arbitrales en caso de que se hubiere contravenido a lo acordado por las partes. Por *default*, los arbitrajes son sustanciados por un tribunal colegiado compuesto por tres árbitros, lo cual representa mayor costo por los honorarios, mayor tiempo de duración del arbitraje y mayor dificultad al momento de llegar a decisiones consensuadas por los árbitros.

Ahora bien, el limitar el principio de autonomía de la voluntad de las partes, en el caso de que hayan pactado que sea un tribunal colegiado el que conozca el caso, pero le sean aplicables las normas de procedimiento abreviado porque reúne las condiciones para ello, puede derivar en una controversia, para lo cual veremos más adelante las alternativas de *opt in* y *opt out* pensadas por la ICC.

La eliminación del acta de misión también implica una reducción de la duración del arbitraje; sin embargo, el árbitro único que conozca el proceso a través de las normas de procedimiento abreviado deberá ser organizado y firme para que no se produzcan incidentes que puedan dilatar el normal desenvolvimiento del proceso. Asimismo, la posibilidad de resolver sin necesidad de realizar audiencias, o realizar audiencias a través de medios telemáticos, supone una importante reducción de costos y tiempos en el arbitraje. Igual importancia y efecto tiene la posibilidad de que el árbitro limite el alcance, número y extensión de los escritos presentados por las partes.

Finalmente, el plazo de seis meses para dictar el laudo desde la conferencia sobre la conducción del procedimiento debe ser el mayor beneficio y, al mismo tiempo, el principal reto de este tipo de arbitrajes. Esta previsión, conlleva la consecución de la celeridad en el arbitraje; sin embargo, al contemplar la posibilidad de ampliar dicho plazo se podría concluir que no será fácil cumplir con esa limitación temporal, ya sea por las circunstancias particulares de cada caso, ya sea por la forma de conducir el proceso por el árbitro designado.

9. POTENCIALES RIESGOS: NULIDAD E INEJECUTABILIDAD DE LOS LAUDOS ARBITRALES

Existen varios riesgos a los que se pueden enfrentar las partes y los árbitros al sujetarse a un procedimiento arbitral abreviado; los árbitros ecuatorianos Rodrigo Jijón y Juan Manuel Marchán enumeran algunos posibles problemas del *fast-track arbitration*:

- Orden público y debido proceso: en este punto los autores mencionan que las partes no pueden conferir poderes o facultades a los árbitros que contravengan el orden público de un país ni que sacrifiquen las normas de debido proceso.

- Obligaciones de los tribunales arbitrales: mencionan que los árbitros deben aplicar la diligencia debida, además observar y acatar las obligaciones impuestas por las partes.

- Contar con el tiempo suficiente para la defensa: en este aspecto señalan que es uno de los mayores riesgos principalmente para la parte demandada cuyo derecho a la defensa podría verse limitado por el tiempo reducido del proceso.[13]

En este trabajo se analizarán brevemente dos riesgos adicionales: la posibilidad de que se anule un laudo arbitral en los arbitrajes *express* y una potencial inejecutabilidad de los laudos sometidos a estos procedimientos abreviados. Para analizar este punto, es necesario evaluar dos aspectos: el rol de las instituciones arbitrales como administradores de procesos (tratándose, por supuesto, de un arbitraje administrado); y, de otro lado, el alcance del principio de autonomía de la voluntad de las partes (que se plasma en el convenio arbitral).

---

13 JIJÓN Rodrigo y Juan Manuel MARCHÁN. «Breves reflexiones sobre el "arbitraje *fast-track*"». *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*. Quito: Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, 2010, pp. 505-519.

Así las cosas, tenemos, por un lado, la facultad de los centros de arbitraje de regular la prestación de sus servicios a través de sus reglamentos y mejorarlos —como lo han hecho— a través de la incorporación de normas de procedimiento abreviado, buscando así brindar un servicio ágil, eficiente y menos costoso. Las partes, al aceptar someterse a un procedimiento administrado por tal o cual centro, están precisamente aceptando someterse a los reglamentos de la institución arbitral escogida en sus contratos o cláusulas arbitrales. En virtud de lo anterior, las partes pueden establecer particularidades en su convenio arbitral respecto a la conducción del procedimiento: reglas procesales, duración del arbitraje, forma de conformar el tribunal arbitral o designar árbitros, número de árbitros, especialidad e, incluso, nacionalidad de los mismos, idioma del arbitraje, sede, entre otros. Teniendo en cuenta lo señalado, los centros de arbitraje, anticipándose a que no todas las partes son tan específicas en sus convenios arbitrales y que la mayoría de sus usuarios buscan que los procesos arbitrales sean conducidos en el menor tiempo posible y con el menor costo, han incorporado procedimientos abreviados para conseguirlo.

Ahora bien, entra en escena el segundo tema, ¿hasta qué punto la inclusión de estas normas por parte de las instituciones arbitrales podría implicar una limitación al ejercicio del principio de autonomía de la voluntad de las partes? Si, incluso, reglamentos como el de la ICC establecen que, aunque las partes hubieren escogido que el tribunal arbitral esté conformado por tres árbitros, pero las condiciones del proceso sean óptimas para ser conducido a través de un procedimiento arbitral abreviado, sería resuelta por un árbitro único.

¿Hasta qué punto el dejar de tener una audiencia, limitar la extensión de un escrito, dejar de contar con un acta de misión podrían ser perjudiciales en lugar de beneficiosas para las partes de un proceso?

La respuesta, es bastante simple, el riesgo es mínimo, la afectación al principio de autonomía de la voluntad de las partes es prácticamente

nula, debido a que la mayoría de los reglamentos que contienen normas de procedimiento abreviado; y, en particular, el Reglamento de Arbitraje de la ICC, establecen mecanismos para aplicar estas normas, aun cuando la cuantía supere el monto máximo contemplado o aun cuando el convenio arbitral haya sido suscrito con anterioridad a la incorporación de este procedimiento por la institución arbitral administradora del proceso; o, por el contrario, aun cuando el caso contenga todas las condiciones que lo hagan apropiado para llevarse a cabo mediante el procedimiento abreviado, las partes decidan dejar de lado expresamente esas estipulaciones antes de suscitarse la controversia o una vez suscitada.

Ahora bien, existen elementos que escapan, en cierta medida, al control de los centros de arbitraje; y esto es, la voluntad de una o ambas partes (o de sus abogados) de generar incidentes y buscar posibles causas de nulidad, situación que ocurrirá en procesos de arbitraje ordinarios o abreviados, para lo cual los centros de arbitraje podrán incorporar en sus reglamentos, normas para prevenir y sancionar estas conductas, normas que deberán ser aplicadas con firmeza por los árbitros.

Cabe señalar también que las causales de anulación de los laudos arbitrales y las causales que podrían limitar o impedir la ejecución de los laudos arbitrales, están expresamente recogidos no solamente en varios reglamentos de arbitraje, sino más aún en las legislaciones internas de los diversos estados, por lo que, las partes conseguirán demorar los procesos, pero difícilmente conseguirán anular un laudo arbitral sin bases para ello.

10. ESTADÍSTICA DE LA ICC SOBRE CASOS ARBITRALES TRAMITADOS BAJO EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

De acuerdo a la información reportada en el *ICC Dispute Resolution Bulletin 2018 - Issue n.° 2*, elaborado por la Cámara de Comercio Internacional, a finales del 2017, el 36% de los casos pendientes de resolver en la Corte de Arbitraje de la ICC eran sobre montos en disputa por debajo

de los USD 5 millones y el 24% de estos casos superaba los USD 50 millones. Además, un tercio de los casos registrados en el año 2017 involucraron montos en disputa por debajo de los USD 2 millones, lo cual demostraba la relevancia y necesidad, de acuerdo con la ICC, de contar con un procedimiento arbitral abreviado. En el año 2017 se presentaron 46 solicitudes de «acelerar» el procedimiento.

En el *ICC Dispute Resolution Bulletin 2019-Issue n.° 1*, se hace mención que, al 1 de abril de 2019, 70 casos estaban siendo administrados bajo las Reglas de Procedimiento Abreviado y que solamente en tres casos las partes excluyeron la aplicación de dichas reglas. De los casos antes señalados, 24 han concluido con laudo dictado dentro de los seis meses que establece el reglamento y solamente en tres casos se otorgó una extensión, lo que demuestra que el procedimiento arbitral es un mecanismo apropiado y ágil para reducir tiempos y costos en el arbitraje.

Finalmente, se menciona que en el año 2018 se recibió un total de 96 solicitudes de *opt in* para someter procesos arbitrales a las normas de procedimiento abreviado, pese a superar la cuantía de USD 2 millones, los casos en los que se solicitó llegaron hasta los USD 100 millones, lo que demuestra que el procedimiento arbitral abreviado puede ser versátil y adaptarse a las necesidades de los usuarios.

Finalmente, en el *ICC Dispute Resolution Bulletin 2020-Issue n.° 1*, se hace mención que la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC está considerando ampliar el umbral de la cuantía de los procesos arbitrales a USD 4 millones para que aplique automáticamente el procedimiento acelerado.

11. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES COMO FUNDAMENTO DEL ARBITRAJE ABREVIADO

El principio de autonomía de la voluntad implica libertad, capacidad, conciencia y consentimiento, aspectos esenciales para pactar arbitraje

válidamente, por ello Javier Íscar de Hoyos afirma que «[s]in libertad no hay arbitraje».[14]

Y es que, en efecto, el principio de autonomía de la voluntad de las partes es un requisito *sine qua non* para que las partes puedan acceder a este mecanismo alternativo de resolución de conflictos. Precisamente, la voluntad se plasma en el convenio arbitral, suscrito por las partes, mediante el cual renuncian a la jurisdicción ordinaria, para someterse a una justicia privada y convencional, aun a sabiendas de que no es gratuita. Las partes pueden ser tan generales o específicas como lo deseen, tan flexibles o restrictivas como sus necesidades lo requieran, todo esto lo contemplarán por una parte en la cláusula compromisoria y por otra, en caso de un arbitraje administrado, por las reglas a las cuales se sometan respecto de una determinada institución arbitral.

Como se mencionó anteriormente, la voluntad de las partes no debe ni puede ser coartada por un reglamento de arbitraje, así como tampoco puede ocurrir que la libertad de las partes se transforme en libertinaje para evadir normas que, en su momento, y voluntariamente se pactaron para la solución de las controversias originadas de determinada relación jurídica. Por lo anterior, las partes pueden *a priori* escoger las normas que van a regir en su forma de resolver disputas en torno al contrato que suscribieren y deberán acatarlas, salvo que, con posterioridad y de mutuo acuerdo decidan que desean modificar dichas normas o aplicar otras. Las partes son las dueñas del arbitraje y, por ende, podrán de mutuo acuerdo determinar las reglas del juego, evidentemente, estas reglas no podrán ser abusivas, restrictivas de sus derechos ni contrarias al orden público.

14 ÍSCAR DE HOYOS, Javier. «El arbitraje institucional». *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2013, n.°. 29, p. 9.

12. MECANISMOS PARA IMPLEMENTAR UN PROCEDIMIENTO ARBITRAL ABREVIADO

12.1. Vía proyecto de ley o reforma legal

Una forma de aplicar un procedimiento de arbitraje abreviado, acelerado o *fast-track*, es a través de un nuevo proyecto de ley o una reforma legal a la ley de arbitraje, observando para ello, las normas y requisitos previstos en cada país. ¿Qué tan viable sería esta alternativa?

Es una opción totalmente viable, válida y, desde luego, legal. Sin embargo, la coyuntura política y el trámite legislativo de cada Estado quizás no permitan que esto ocurra en un futuro cercano.

Con una función legislativa incierta, inestable, volátil y coyuntural, que responde a intereses personales o políticos más que al bienestar de la ciudadanía y al desarrollo del país, sería casi imposible. La política en los países juega un papel importantísimo en cuanto al sometimiento de las instituciones públicas al arbitraje, es así que, en el Ecuador, por ejemplo, en octubre del año 2012 el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, doctor Alexis Mera, remitió un oficio a las diversas autoridades del sector público prohibiendo que se sometan a la justicia arbitral en los contratos que se suscriban a partir de esa fecha y que escojan la jurisdicción ordinaria. Por lo expuesto, en este país resultaría probablemente contraproducente, intentar incorporar un procedimiento arbitral abreviado a través de una reforma legal.

12.2. Vía convenio arbitral o cláusula compromisoria

La siguiente alternativa a analizar es incorporar normas para agilizar el procedimiento arbitral en el convenio arbitral y transformarlo así en un arbitraje *express*. Esta opción no es nueva, es totalmente viable y legal en la medida en que no contravenga el orden público ni menoscabe el derecho a la defensa de las partes ni las garantías del debido proceso.

En tal virtud, las partes, como dueñas del arbitraje, podrán establecer normas para agilizar el procedimiento y reducir costos. De esta manera, podrían, sin importar la cuantía del conflicto, establecer en el contrato: que sea resuelto por un árbitro único y que este se elija mediante sorteo, que el proceso dure una cantidad determinada de días, que todas las pruebas se evacúen en una sola audiencia.

De esta forma, al ser un árbitro único el que resolvería la controversia, va a implicar necesariamente una reducción de costos y tiempo. Si a eso le sumamos, que se limiten la cantidad de audiencias y que el laudo arbitral se expida en un determinado plazo o término, se conseguirán los mismos efectos de un procedimiento arbitral abreviado en una cláusula arbitral.

Cabe, entonces, la pregunta, si hacerlo así es tan sencillo, ¿por qué no hacerlo solamente a través de esta alternativa?

En primer lugar, porque no todas las partes que pactan arbitraje conocen que tienen la opción de establecer las reglas del juego en el convenio arbitral. En segundo lugar, porque aquellas que lo conocen, no siempre miden las complejidades que pueden presentarse en ciertos casos y que, por tanto, no siempre, será recomendable apresurar un arbitraje o establecer un límite al árbitro o árbitros para la expedición del laudo arbitral porque (i) podría no cumplirse ese plazo (ii) podrían quedar cuestiones en el aire que no se alcanzaron a revisar correctamente por falta de tiempo.

Al establecer reglas específicas en un convenio arbitral, si bien las partes no pueden adivinar cuántas controversias puedan surgir, podrían hacer una evaluación *a priori* de posibles problemas que se puedan presentar de acuerdo a la materia del contrato, monto del mismo, obligaciones y demás. Siempre es importante tomar en cuenta, además, que en caso de que se desee reformar el convenio arbitral, una vez suscitada la controversia, se requerirá el consentimiento mutuo de las partes.

12.3. Vía reglamento de las instituciones arbitrales en el caso de arbitraje institucional o administrado

Otra vía para contar con normas de procedimiento arbitral abreviado es a través de los reglamentos de las instituciones arbitrales, cuando se traten de arbitrajes administrados. Esta vía, posiblemente, sea la más adecuada y es por esto que múltiples instituciones arbitrales alrededor del mundo han adecuado sus reglamentos a estas necesidades de los usuarios de reducir costos y tiempos. En el Ecuador no existe al momento ningún centro de arbitraje que cuente con normas de arbitraje *fast-track*, el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito está trabajando en un borrador partiendo, precisamente, de las experiencias de otros centros de la región e internacionales para incorporar estas normas en su reglamento.

Las instituciones arbitrales que son las prestadoras del servicio de arbitraje son las llamadas a velar por la satisfacción de sus usuarios y porque el servicio se preste de forma legal y eficiente. Es por ello, que hacerlo a través de los reglamentos de cada institución sería la vía idónea para lograr incorporar este tipo de procedimiento abreviado y hacerlo de forma generalizada y observando las particularidades de cada caso y la legislación interna, teniendo en cuenta, además, mecanismos de *opt in* y *opt out* como lo ha previsto la ICC y SIAC en sus normas que permitan que el principio de autonomía de la voluntad de las partes siga primando.

13. CONCLUSIONES

El arbitraje nació como una alternativa a la justicia ordinaria ofreciendo principalmente las siguientes ventajas: (i) independencia; (ii) celeridad (iii) especialidad y (iv) flexibilidad. El crecimiento del arbitraje trajo como consecuencia que principalmente la celeridad se vea cuestionada por sus usuarios y que se presenten múltiples quejas en cuanto a lo oneroso que un procedimiento arbitral puede llegar a ser. Por ello, las instituciones arbitrales, locales e internacionales, han intentado tener en

cuenta las necesidades de los usuarios y de la comunidad arbitral para fortalecer y mejorar la prestación del servicio atendiendo precisamente a brindar alternativas para reducir costos y tiempos.

¿Qué ocurre si un centro de arbitraje incorpora en su reglamento el procedimiento arbitral abreviado indicando que demandas de cierta cuantía serán resueltas por un árbitro único, pero en el convenio arbitral las partes acordaron someterse a arbitraje ante dicho centro, precisando que el arbitraje sería resuelto por tres árbitros? ¿Se debería aplicar el reglamento del centro o el convenio arbitral?

Las instituciones arbitrales deberán considerar estos aspectos en sus reglamentos para precautelar la validez del proceso y así evitar alegaciones de nulidad del laudo arbitral.

Finalmente, deberá haber también un compromiso de partes y árbitros de utilizar las normas del procedimiento arbitral abreviado de forma responsable y eficiente, tal como lo mencionan los expertos ecuatorianos Rodrigo Jijón y Juan Manuel Marchán «[l]a utilización del *fast-track arbitration*, por su complejidad, requiere que tanto las partes como los árbitros sean capaces de conducir el procedimiento con profesionalismo y eficiencia, sin por esto sacrificar la importancia de contar con un laudo arbitral justo y en derecho».[15]

15 JIJÓN Rodrigo y Juan Manuel MARCHÁN. «Breves reflexiones sobre el "arbitraje *fast track*"». *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*. Quito: Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, 2010, pp. 505-519.

LOS RETOS DEL ARBITRAJE DESPUÉS DE LA PANDEMIA

María Hilda Becerra Farfán *

Sumario: 1. Introducción.— 2. La capacidad de adaptación.— 3. Las posibilidades de la tecnología.— 4. Las tecnologías de la IA.— 5. Las aplicaciones en el arbitraje.— 5.1. La gestión de información.— 5.2. El deber de revelación.— 6. Sistematización de resoluciones.— 7. Sentido de las resoluciones sobre recusación.— 8. Sentido de los laudos.— 8.1. Modelamiento de procesos.— 8.2. Razonamiento jurídico.— 9. A modo de conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

La pandemia de COVID-19 ha tenido consecuencias concretas sobre el desarrollo del arbitraje. Todos los operadores hemos adoptado e incorporado activamente la tecnología con la finalidad de continuar los procesos durante las cuarentenas, en particular para las notificaciones y la realización de audiencias. El uso del correo electrónico para la remisión de notificaciones y presentación de escritos ha probado ser sustancialmente más rápido, eficiente y amigable con el medio ambiente que el mecanismo de entrega física, previo a la pandemia. En el caso de las audiencias, si bien es posible discutir sus beneficios o dificultades, podemos coincidir en que ha permitido desarrollar actos procesales de manera remota y ha significado ahorros en traslados.

* Abogada, magíster en derecho, árbitra.

Sin embargo, el arbitraje no ha sido el único mecanismo de solución de controversias en incorporar tecnología para superar las dificultades de la pandemia. Por el contrario, desde el Poder Judicial, se han implementado también las notificaciones electrónicas, el expediente electrónico y recientemente una aplicación «Conoce a tu Juez» con módulos para gestionar citas con los jueces o para conocer todas las resoluciones (autos y sentencias) emitidas por los jueces, entre otros esfuerzos que van en la línea de acercar los servicios de justicia al ciudadano.

Puede decirse entonces, que como ha ocurrido en todas las actividades económicas, la forma de administrar justicia ha cambiado sustancialmente como consecuencia de la pandemia y ha acelerado la llamada transformación digital que generaba una serie de resistencias para su incorporación voluntaria.

En ese escenario y teniendo en cuenta las posibilidades que brinda la tecnología, la pregunta que surge es ¿cuáles son los retos del arbitraje para el futuro? y ¿qué aspectos pueden ser mejorados sustancialmente en el corto, mediano y largo plazo? Las preguntas son relevantes, pues si nos planteamos algunas metas mínimas, todos los involucrados podemos estar especialmente atentos a las posibilidades y con mayor apertura para contribuir activamente al fortalecimiento y desarrollo de la tecnología para lograr mayor eficiencia en el arbitraje.

En lo que sigue, trataremos de ensayar algunas respuestas con la finalidad de motivar el debate, analizar los aspectos que requieren una atención urgente y aquellos aspectos de fondo que merecen mayor análisis y desarrollo. En ningún caso se aspira a dar repuestas ciertas o definitivas porque la pandemia ha generado cambios sustanciales cuyas consecuencias aún no son evidentes en la sociedad y la velocidad del cambio es particularmente dramática. Eso significa que lo que es vigente hoy, tal vez no lo sea en un futuro muy cercano.

Este ejercicio parte de algunas premisas que han quedado en evidencia como consecuencia de la pandemia: (i) la capacidad de adaptación de los seres humanos; (ii) el desarrollo de la tecnología; y la (iii) necesidad de solucionar conflictos a través de resoluciones oportunas, motivadas, razonadas, económicas y eficientes.

2. LA CAPACIDAD DE ADAPTACIÓN

Uno de los aspectos críticos para la implementación de soluciones tecnológicas, ha sido el factor humano y la resistencia natural al cambio. No obstante, la pandemia ha puesto en evidencia nuestra capacidad de adaptarnos y ha sido un factor detonante para repensar la forma de hacer las cosas e incorporar nuevas herramientas y métodos de trabajo. En mi opinión, continuar con el trámite de los arbitrajes en curso, iniciar nuevos y emitir laudos durante la pandemia, prueba que más allá de las dificultades, hemos logrado adaptarnos.

Una de las preocupaciones centrales en esta etapa, ha sido garantizar los derechos fundamentales y en particular, el derecho al debido proceso. No obstante, es válido cuestionar si en el tiempo pre pandemia hemos estado en el camino correcto o si nuestra genuina preocupación en la efectiva aplicación de los principios jurídicos ha impedido el desarrollo de la profesión legal para ponerla a tono con la época.

Ello porque, bien visto, en el arbitraje de pandemia, se ha utilizado de manera intensiva el correo electrónico, que es la versión digital del correo postal, que tuvo sus inicios en la década del setenta y que en el año 2018 ya era la herramienta más antigua, disponible y popular a nivel mundial.[1] Es decir, una de las innovaciones más importantes implementadas como consecuencia de la pandemia, ha sido utilizar una herramienta cotidiana en el ejercicio profesional y una de las más populares en la sociedad.

[1] Disponible en <https://www.lavanguardia.com/vida/20191008/47875190457/el-correo-electronico-la-evolucion-desde-el-primer-email-en-1971-de-una-de-las-formas-de-comunicacion-mas-populares.html>.

Quizá este hecho sea el elemento más revelador de un estilo conservador de las formas para el ejercicio profesional y la distancia que hemos guardado de los nuevos avances de la tecnología, como si el derecho no fuera parte sustancial del desarrollo social o como si fuera posible mantenerse al margen de los avances tecnológicos. Esta distancia que ha mantenido y mantiene el ejercicio profesional del Derecho, merece una particular reflexión, pues de un lado tenemos herramientas que ahora pueden suplir el trabajo de los abogados[2] y por otro, vemos un estilo de gestionar y solucionar conflictos que no necesariamente se condice con la demanda actual y que incluso debería motivar serios debates sobre el rol del abogado en la sociedad y cuánto aportamos en el agregado social con nuestro trabajo.

En ese contexto, es fundamental y urgente responder ¿qué formas son las que debemos usar en el año 2021 y en un contexto post pandemia? ¿las que «siempre usamos» o las que están vigentes en la sociedad actual? y cómo compatibilizar esa respuesta con la necesidad de garantizar los derechos.

3. LAS POSIBILIDADES DE LA TECNOLOGÍA

La tecnología es el conjunto de teorías y técnicas que permiten el aprovechamiento práctico del conocimiento científico o el conjunto de los instrumentos y procedimientos industriales de un determinado sector o producto. La Tecnología es la combinación de conocimientos y saberes científicos (ciencia) y habilidades (técnica) que aplicados de forma ordenada permiten al ser humano satisfacer sus necesidades o resolver sus problemas desde hace más de tres millones de años.

La tecnología pasa por la creación de utensilios de palos y rocas para cazar, el descubrimiento del fuego, la rueda, los sistemas de agricultura, herramientas como la brújula, pólvora, el reloj mecánico, el molino, los

[2] La aplicación Legal Zoom permite solucionar consultas cotidianas sobre aplicación de normas de manera automática y sin intervención de abogados.

sistemas de navegación, la máquina de vapor, el ferrocarril, el telégrafo, la electricidad, la termodinámica, el avión, el teléfono, la radio, la televisión, los vuelos espaciales. En el siglo XXI tecnologías como la cámara digital, las computadoras e internet se han ido perfeccionando y hoy contamos con smartphones, robots y otras herramientas cada vez más sofisticadas. Actualmente disponemos de tecnología digital que es la aplicación de métodos para desarrollar sistemas que se ven expresados en números y datos que permiten automatizar ciertos procesos. En ese grupo, se encuentran la inteligencia artificial y la computación cuántica. La inteligencia artificial es el intento de replicar la inteligencia humana en máquinas para resolver problemas y la vemos de manera cotidiana en herramientas como el traductor de Google que nos permite acceder a información en otros idiomas con una velocidad antes impensada. La computación cuántica se basa en cúbit, que tienen en cuenta la probabilidad que la materia se encuentre en uno o varios estados diferentes.

Según Sundar Pichai, CEO de Google, durante el próximo cuarto de siglo, la inteligencia artificial (IA) y la computación cuántica, revolucionarán aún más nuestro mundo y señala que la IA, es «la tecnología más profunda que la humanidad jamás desarrollará y en la que trabajará», y considera que su impacto en la humanidad será aún más profundo que el descubrimiento del fuego.

4. LAS TECNOLOGÍAS DE LA IA

La IA ofrece múltiples aplicaciones, para todas las ramas del conocimiento. A continuación, revisamos algunas de ellas:[3]

- Reconocimiento automático del habla (*speech recognition*), que reconoce los fonemas en una señal de voz recogidas por un micrófono.

[3] Disponible en <https://www.auraquantic.com/es/tecnologias-de-inteligencia-artificial-y-sus-categorias/>.

- Procesamiento del lenguaje natural (*Natural Language Processing*) NLP cuyo objetivo es comprender qué intención tiene el usuario al lanzar determinado comando, pregunta o afirmación (escrita o por voz) y qué espera obtener, así como analizar el estado anímico y encontrar patrones subjetivos que permiten la comunicación entre el hombre y la máquina.

- Reconocimiento visual (*visual recognition*) que procesa señales de imagen o video para reconocer patrones, formas e identifica distintos elementos de una imagen.

- El reconocimiento de texto (*text recognition*) que puede considerarse parte del reconocimiento visual y su objetivo es reconocer e identificar texto en formatos de imagen y es muy común el uso de herramientas OCR (*Optical Character Recognition*).

- Sistemas expertos en los que se ha volcado todo el conocimiento existente de determinada rama y permite determinar mejores resultados. Ello ocurre, por ejemplo, con el ajedrez en el que se han incorporado movimientos y estrategias que han permitido que la máquina supere al hombre en partidas en las que no solo se han replicado jugadas almacenadas previamente, sino que las máquinas han sido capaces de crear otras.

- Robótica mecánica o de software en los que es posible que las máquinas tomen decisiones, que pueden ser muy básicas.

- Aprendizaje automático (*machine learning*) que es una disciplina dentro de la IA que pretende que el sistema aprenda y relacione información del modo en que lo haría una persona. Esto se logra a través de algoritmos capaces de detectar patrones en datos previos y crear predicciones futuras y en ellas, hay otras tendencias como el *deep learning*.

- *Deep Learning* que es un sistema de aprendizaje que se inspira en el funcionamiento de las redes neuronales del cerebro humano para procesar la información, con una base matemática muy compleja detrás. Aunque, sí se apoya en la experiencia (ya sean datos previos, generados por el entorno o autogenerados), no parte de indicaciones estrictas que determinen qué es correcto y qué no, de forma que el sistema pueda determinar conclusiones por sí solo.

- *Cognitive Intelligence & Cognitive Services* que es una combinación de las tecnologías mencionadas previamente con el objetivo de crear servicios de Inteligencia Artificial capaces de tener comprensión humana. Es la unión de reconocimiento visual, sonoro, comprensión lectora, NLP y *Machine Learning* para crear sistemas capaces de comprender la información relacionada a la interacción humana y responder en consecuencia. Empresas como Microsoft ponen a disposición de sus clientes Servicios Cognitivos para poder extender las capacidades de sus aplicaciones.

La IA es parte de nuestro día a día; existen múltiples aplicaciones que están basadas en esta tecnología y se desarrolla con una rapidez vertiginosa en todas las industrias. La IA es una realidad de la sociedad actual y llegó para quedarse.

5. LAS APLICACIONES EN EL ARBITRAJE

En ese contexto, parece evidente que no basta con haber incorporado el correo electrónico o las audiencias virtuales en el arbitraje, sino es importante preguntarnos sobre las aplicaciones que podemos tener en el arbitraje o cómo podemos mejorar la prestación del servicio de solución de controversias con esta tecnología. Y la respuesta debería ser teniendo en cuenta que se trata de satisfacer de mejor manera las necesidades de los usuarios del servicio, es decir, de las partes de un arbitraje, pues son ellos los destinatarios finales de los servicios que prestamos.

Sin ánimo de responder a la pregunta de cuáles son las tecnologías, aplicaciones o programas que se pueden utilizar —que es una respuesta que nos ofrecerán los especialistas en la materia— me aventuro a señalar algunos aspectos que sí pueden ser analizados para ser sustancialmente transformados con el uso de estas tecnologías, para lograr mayor eficiencia en el arbitraje.

5.1. La gestión de información

Un primer nivel (quizá el más básico) en la tecnología de información es la captura de información o datos que luego debe ser sistematizada, ordenada y procesada para generar nueva información y conocimiento. Se trata de utilizar la tecnología para dar asistencia para informar al usuario del servicio (*supportive technology*). Ello requiere captar adecuadamente la información y luego, generar mecanismos para su ubicación y búsqueda. Se trata de un primer nivel de uso de la tecnología que bien puede ser aplicada en el arbitraje.

5.2. El deber de revelación

Como se sabe, la revelación es un aspecto medular para garantizar la independencia e imparcialidad del árbitro y permite a las partes conocer las vinculaciones que tiene o ha tenido en determinado horizonte de tiempo con las partes, sus abogados o los árbitros del caso y se trata de una información que debe mantenerse actualizada mientras dura la controversia.

El deber de revelación es uno de los más delicados para el árbitro porque la evaluación se realiza teniendo en cuenta la perspectiva de la parte y, por tanto, si bien para el árbitro, un hecho en concreto puede no ser relevante, la evaluación de la parte puede ser distinta y por eso, se señala que, ante la duda, corresponde revelar.

Atendiendo a que el deber de revelación se mantiene vigente durante todo el arbitraje, cada vez que surja un nuevo evento, el árbitro mantiene la obligación de relevar. Esta tarea es particularmente difícil en el arbitraje peruano, pues el número de arbitrajes es significativamente elevado en relación a cualquier otra plaza de arbitraje; los arbitrajes derivados de los contratos suscritos por el Estado están sujetos a normas especiales de contratación pública; los árbitros deben cumplir ciertos requisitos o exigencias como por ejemplo estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros. Ello genera un reto fundamental al momento de revelar —para no omitir ningún detalle que puede ser relevante para las partes— y abre una serie de posibilidades de recusación que van desde aquellas que se fundamentan en la necesidad de garantizar independencia o imparcialidad del árbitro, hasta las denominadas «recusaciones frívolas», en las que las partes acuden a cualquier argumento para apartar a un árbitro, pasando por las recusaciones que tienen que ver con el número de arbitrajes en los que el árbitro fue designado u omisiones involuntarias en las declaraciones.

El deber de revelación es, pues, un asunto medular para garantizar la independencia e imparcialidad, pero desde el punto de vista operativo, se trata de un proceso de exhibición de información que debe ser actualizado de manera permanente y debe estar disponible para las partes.

El día de hoy, los árbitros realizan las declaraciones, así como las ampliaciones de revelación de forma manual, exactamente igual que hace veinte años y las partes acceden a información a través de los mecanismos disponibles, ninguno de los cuales se encuentra articulado, ordenado, sistematizado y menos consolidado. Además, no siempre se logra tener toda la información actualizada, a pesar de las ampliaciones que puedan realizar los árbitros.

La información que se revela son una serie de datos que pueden ser muy fácilmente sistematizados y comunicados a las partes. No obstante,

requiere un esfuerzo para integrar y ordenar la información, de manera que el acceso a las intervenciones previas, con una antigüedad de 3 o 5 años, pueda ser compartida entre los diferentes centros de arbitrajes, centros de administración de arbitrajes ad hoc y los secretarios de los arbitrajes *ad-hoc*. El reto más importante es lograr la coordinación entre los distintos centros de arbitraje para lograr un sistema único y ordenado. No obstante, de lograrse, podría significar un avance importante no solo en términos de transparencia, sino de eficiencia en el sistema.

Junto al deber de revelación, la ampliación al deber de revelación debería estar sistematizada, de manera que las partes interesadas, reciban de manera automática la información. Con ello no solo se evitaría la remisión de las comunicaciones de ampliación de revelación que se realiza el día de hoy en forma manual, sino reduciría e, incluso, eliminaría los errores y omisiones en estas comunicaciones que pueden ser particularmente engorrosas.

Un problema recurrente es si la información que reciben las partes es en efecto, actual y vigente, pues ocurre con frecuencia que muchos procesos arbitrales no tienen una resolución de fondo porque se archivaron por falta de pago, desistimientos u otros motivos. La actualización de la información con un sistema que utilice alguna herramienta tecnológica no solo facilitaría el acceso a la información sino permitiría garantizar la calidad de la misma, favoreciendo la transparencia en el arbitraje y con ello, las partes podrían tener garantizado el derecho de conocer a su árbitro.

No obstante, ningún árbitro por muy diligente que sea, está en capacidad de implementar este sistema de información por sí solo, pues requiere un esfuerzo de colaboración entre todos los involucrados y, además, es un esfuerzo permanente para mantener actualizado un sistema de información.

En ese sentido, el reto pendiente, parece estar en manos de los centros de arbitraje, sobre todo los más antiguos y los más consolidados, pues tienen información previa muy valiosa y, a partir de ella, se puede construir un sistema articulado, eficiente, oportuno de información que garantice la independencia e imparcialidad.

6. SISTEMATIZACIÓN DE RESOLUCIONES

Uno de los elementos fundamentales para dar predictibilidad y, por tanto, seguridad jurídica, es conocer el sentido de lo resuelto en casos previos. Ello permite identificar la forma en que se han resuelto casos concretos pasados y, a partir de esa información, establecer la probabilidad de éxito de determinada pretensión.

La predictibilidad tiene un impacto muy importante en los costos de litigio, debido a que permite establecer si determinada pretensión puede ser fundada o no. Además, saber la forma en que se resuelven determinados problemas concretos, cómo se interpretan las normas, qué criterios jurídicos de interpretación se han implementado, permite analizar un litigio concreto, si no se puede facilitar, solucionar los conflictos antes de llegar al litigio. La información adecuada del sentido de las resoluciones es un insumo fundamental para gestionar conflictos, y, por tanto, es particularmente valioso. En el arbitraje, existen al menos dos tipos de resoluciones que merecen ser sistematizadas: las resoluciones de recusación y los laudos.

7. SENTIDO DE LAS RESOLUCIONES SOBRE RECUSACIÓN

Existe una gran oportunidad para sistematizar las resoluciones de recusación, de manera que se logre predictibilidad en las decisiones de recusación. Ello facilitaría la tarea de las partes para analizar si determinada circunstancia puede dar lugar a una recusación fundada y cuáles son los supuestos que significarán únicamente una dilación al proceso. Y, si bien cada caso puede ser analizado de manera particular, un sistema ordenado

de resoluciones de recusación permitiría evitar las demoras generadas como consecuencia de recusaciones infundadas y reduciría los incentivos para ensayar las llamadas recusaciones superfluas.

La sistematización de las resoluciones de recusación permitiría reducir e, incluso, eliminar los tiempos que se generan como consecuencia de la espera de las resoluciones de recusación y significaría también un ahorro en costes y en tiempo para que los centros de arbitraje emitan este tipo de resoluciones.

8. SENTIDO DE LOS LAUDOS

Hubo mucha discusión sobre la posibilidad de generar o no jurisprudencia en el ámbito del arbitraje. En Perú, en los casos de arbitraje con el Estado en los que existe la obligación de publicar el laudo se trata de una discusión superada pues existe normativa expresa en el sentido de exigir la publicación de los laudos y se han ido implementando páginas en las que estos se publican.

El reto pendiente es, entonces, que los laudos publicados tengan buscadores sencillos y asequibles, que permitan el acceso a las partes, a los árbitros e, incluso, a los operadores de las entidades y a los contratistas, de manera que se conozca una línea jurisprudencial de cómo se van resolviendo los casos concretos, lo que permitiría no solo predictibilidad, sino, sobre todo, ahorros en tiempo y dinero en la gestión de los contratos con el Estado.

En el ámbito privado, la discusión sigue pendiente y mientras exista la obligación de confidencialidad, los laudos deben mantenerse en reserva.

8.1. Modelamiento de procesos

Un segundo nivel de uso de la tecnología es reemplazar funciones y actividades que estaban antes en manos de personas para hacerlas automáticas (*replacement technology*).

Las herramientas de IA son ideales en los casos en que es necesario modelar procesos en todas las industrias, favoreciendo procesos más sencillos, con intervención de menos personas, evitando la redundancia de procesos o pasos, eliminando tiempos muertos y, en general, permitiendo mayor satisfacción del usuario.

El ámbito procesal, puede ser también modelado con herramientas de IA, pues se señala que la naturaleza compleja pero mecánica de leyes procesales, permite que se aplique el modelado de procesos con resultados óptimos para el proceso y para los profesionales que intervienen,[4] pues se reduce significativamente el tiempo del proceso y se optimizan los recursos, de manera que es posible lograr ganancias de eficiencia.

En el arbitraje, el modelado de procesos puede ser particularmente útil, debido a que, como sabemos, cada centro de arbitraje tiene reglamentos distintos y estos se pueden ajustar a cada caso. Ello, sin duda, es una virtud del arbitraje, pero los abogados patrocinantes y las procuradurías pueden afrontar dificultades para la gestión de procesos. Tener un proceso modelado con, por ejemplo, mecanismos de alerta de vencimientos, puede ser particularmente útil.

De hecho, la pandemia ha motivado una serie de cambios en la gestión de los procesos arbitrales a través de la implementación de disposiciones procesales. Dos medidas de implementación sencilla y que no

---

4 ALLEN ENGLE. Eric. *An Introduction to Artificial Intelligence and Legal. Reasoning: Using xTalk to Model the Alien Tort Claims Act and Torture Victim. Protection Act*, 11 RICH. J.L. & TECH. 2 (2004), *at* <http://law.richmond.edu/jolt/v11i1/article2.pdf>.

tienen un costo adicional, son los calendarios de actuación de proceso y la notificación a todas las partes.

En efecto, un paso muy importante en la línea de optimizar la gestión del proceso es la implementación de los calendarios de arbitraje por parte de la Cámara de Comercio de Lima que permite iniciar el proceso con una programación del desarrollo del arbitraje, con fechas definidas e hitos procesales que permiten que las partes deban realizar las actuaciones en los tiempos previstos en el calendario, sin necesidad de la emisión de una orden procesal específica para cada acto. Esto es también posible porque la presentación de todos los escritos se realiza de manera simultánea a todas las partes del proceso, al árbitro y a la secretaría arbitral, de manera que las partes están permanentemente informadas de los escritos que se presentan sin necesidad de esperar la comunicación formal con la resolución correspondiente.

Estos dos cambios, que son muy sencillos, permiten ordenar el proceso y estimar fácilmente los tiempos de duración del proceso y la fecha aproximada de emisión de laudo; y, por tanto, conocer con alguna certeza, el tiempo necesario para, por ejemplo, mantener vigente una carta fianza, programar la realización de trabajos, gastos y otros derivados de la posibilidad de estimar una fecha aproximada de la solución de la controversia. Para los abogados y árbitros del caso, permite planificar mejor sus labores.

Adicionalmente, los principales centros de arbitraje han implementado sistemas de gestión de arbitrajes, en los que es posible tener de manera centralizada el expediente.

Ahora bien, las herramientas de IA pueden favorecer el modelado de procesos y hacerlos más eficientes, transparentes, oportunos. No obstante, al modelar estos sistemas de gestión de expedientes, es necesario responder la pregunta ¿para qué se implementa el sistema?, ¿cómo favorece al usuario?

Probablemente, el uso del modelado de procesos sería más útil si, por ejemplo, el hecho de agregar el documento permitiera generar una bitácora de antecedentes que facilite la redacción del laudo, de manera que sea posible «tomar» la información y obtengamos los antecedentes ya redactados, una vez que concluyan las actuaciones procesales. Y para las partes, les permita tener un sistema de alertas de presentación de escritos o fechas de vencimiento dentro del proceso, que les facilite la gestión del proceso y mantenga a todos los involucrados pendientes de las fechas de vencimiento de cada acto procesal o administrativo a cargo de cada uno.

Este programa también podría estar pensado en implementar en el futuro, mecanismos para evaluar medios probatorios y obtener aquellos que permitan valorar y apreciar las alegaciones de las partes y utilizar las herramientas tecnológicas para procesos como valoración de pruebas, ubicación y selección de pruebas, entre otros.

En materia de valoración de pruebas, la tecnología ofrece también innumerables aplicaciones. Solo para citar un ejemplo, la compañía Yitu Technology está trabajando e investigando en la creación de un programa de reconocimiento que conseguirá no solo la identificación de la persona, sino, incluso, la lectura de las emociones. Imaginemos que este programa se incorpore a un sistema de asistencia al árbitro, y, por tanto, además de la declaración sea posible detectar y leer emociones.[5]

La implementación de sistemas para colectar información, procesarla o modelar los procesos de arbitraje, son en mi opinión, los elementos mínimos con los que deberíamos contar en la gestión de los arbitrajes y su implementación, es un reto pendiente para los centros de arbitraje.

---

5 El reconocimiento facial que ofrece esta compañía permite la detección facial tanto estática como dinámica y es el que viene utilizando el gobierno chino para la vigilancia generalizada de su población y se ha incorporado a numerosos sistemas de seguridad. Disponible en <https://www.thetechnolawgist.com/2019/12/13/china-el-monstruo-mundial-en-inteligencia-artificial-que-utiliza-cientos-de-jueces-robot/>.

8.2. Razonamiento jurídico

El tercer nivel en el uso de la tecnología es el cambio en la forma de trabajo de los jueces y proveer distintos tipos de justicia (*disruptive technology*). Se trata de un profundo cambio en el desarrollo del proceso y el análisis predictivo puede cambiar significativamente las formas de administrar justicia. En este nivel, se pueden incorporar distintas formas de administrar justicia y reformar el rol adjudicativo de los jueces.[6] En este nivel, la información es mucho más sofisticada, completa y es posible no solo obtener información sino es también posible que la actividad de "administrar justicia" esté en manos de robots o sistemas informáticos que se nutren de información para llegar a determinados resultados.

El rol de la IA en el razonamiento jurídico y en la elaboración de decisiones arbitrales debería estar en el centro de la agenda porque es el que más dilemas genera al momento de aplicar la tecnología, pues si bien ofrece una serie de posibilidades, también pone en cuestión la metodología con la que puede implementarse, así como los aspectos éticos vinculados a la emisión de decisiones de justicia por sistemas tecnológicos.

En efecto, Díez e Iturrialde[7] señalan, por ejemplo, que Alchourrón y Bulygin que son reputados miembros de la comunidad dedicada a la «lógica informática-derecho» al diseñar el razonamiento judicial «se han centrado en modelos exclusivamente deductivos, prescindiéndose del componente analógico del razonamiento judicial». Según estos autores, este planteamiento es «reductivista y empobrecedor, máxime si tenemos en cuenta que, a nuestro entender, el desarrollo de I.A. para razonamiento judicial debería orientarse hacia el trabajo jurídico difícil

---

6 SOURDIN, Tania. «Judge vs. Robot? Artificial Intelligence and Judicial Decision-Making. *UNSW Law Journal* V. 41 2018; p. 1117.

7 DÍEZ AUSÍN, José y Victoria ITURRIALDE SESMA. «Razonamiento judicial e inteligencia artificial en los sistemas de civil law y common law: Hacia una teoría únitaria». En *Informatica e Diritto*, XVIII annata, 1992, vol. I, n.ºs 1-2, pp. 151-179, p. 174.

(*hard cases*) —trabajo que conlleva en muchas situaciones el recurso a la analogía—, y no tanto a tareas judiciales rutinarias o a «casos fáciles o claros» en los que es posible utilizar los modelos deductivos con mayor frecuencia. Señalan, además, que este enfoque en el razonamiento restringe seriamente el ámbito y la utilidad de técnicas y modelos de IA.

Esta opinión nos presenta un primer nivel de debate, pues se trata de identificar cuál es la finalidad que se pretende alcanzar y en qué casos es posible o deseable utilizar los sistemas informáticos o tecnologías de IA: en los casos sencillos y que pueden tener cierto corte masivo o en casos más complejos en los que la tecnología sería mejor aprovechada porque permitiría un mayor rigor en el análisis o resoluciones más predecibles. Esta decisión tiene repercusiones importantes en el modelo de programación que se utiliza para lograr los diferentes resultados.

La experiencia nos muestra que las aplicaciones de IA se inician con casos más pequeños, en los que es posible replicar situaciones previas y aplicar determinadas consecuencias jurídicas, permitiendo estandarizar las resoluciones y lograr mayor rapidez y predictibilidad.

En China, por ejemplo, en el año 2004, se probó un asistente artificial denominado *Xiao Fa*, o «derecho pequeñito» o «ley pequeñita» para analizar 100 crímenes con la finalidad de estandarizar condenas y generar automáticamente borradores de sentencias. Luego, en el año 2017 se estableció un tribunal virtual con competencia en asuntos relativos a operaciones en red, comercio electrónico y propiedad intelectual, y en el 2020 el Tribunal de Internet en Beijing introdujo un módulo de software que utiliza tecnología de inteligencia artificial para ayudar en decisiones de procedimientos legales ordinarios. Es un interfaz con voz femenina que ayuda a los jueces en cuestiones más repetitivas con la finalidad de que estos se centren en temas de fondo.[8]

[8] Disponible en <https://www.thetechnolawgist.com/2019/12/13/china-el-monstruo-mundial-en-inteligencia-artificial-que-utiliza-cientos-de-jueces-robot/>.

Asimismo, desde el 2017, Estonia inició una serie de proyectos para implementar sistemas de IA en varios ministerios para simplificar los servicios a la población y desde 2020 está trabajando en el proyecto de la creación de «jueces robot» para juicios menores, en los que el monto de la disputa es de € 7000 o menos. En estos procesos, las dos partes cargarán sus documentos e información relevante del caso en una plataforma y la IA tomará una decisión que pueda ser apelada por un juez «humano».[9] Lo relevante en el caso de Estonia, es que, si bien no es el único que ha trabajado en estos proyectos, parece ser el primero que le dará validez a la decisión adoptada por un juez no humano.

Es necesario tener en cuenta que la implementación de la IA no es solo un tema de los gobiernos o del Estado para resolver las controversias. A la fecha, ya existen sistemas de abogados para realizar demandas por casos muy sencillos y a través de aplicaciones gratuitas. Ese es el caso de *DoNotPay* que es un «robot abogado» creado en 2015 por el programador británico de dieciocho años, Joshua Browder, para reclamar multas de *parking*. En el 2016 se convirtió en chatbot, un programa capaz de hablar con los usuarios, generar recursos y responder a las preguntas de los clientes como si fuese un abogado. El programa plantea a los usuarios una serie de preguntas, el robot-abogado almacena las respuestas y una vez que dispone de suficiente información, genera una carta de defensa para la persona. En dos años de funcionamiento, DoNotPay ha apelado hasta 375.000 multas de aparcamiento, ha conseguido devolver un total de 16 millones de dólares en conceptos de *tickets* de *parking* y otros, con un ratio de éxito del 50% en los casos, y unas ganancias medias de USD 7.000. Gracias al éxito, su creador ha decidido ampliar sus servicios para otros reclamos e incluso directamente demandar a alguien, pero siempre en litigios pequeños.[10]

---

9 Disponible en <https://coiiclm.org/estonia-se-prepara-para-tener-jueces-robot-basados-en-inteligencia-artificial>.

10 Disponible en <https://as.com/meristation/2018/10/18/betech/1539887121_135941.html>.

Y si las demandas son hechas utilizando sistemas de IA ¿cómo se atienden estos reclamos, con seres humanos o a través de sistemas automatizados?

Como se puede advertir, la IA ya es utilizada en la solución de controversias menores y la posibilidad de asistir al juez para tomar decisiones es real. En el caso del arbitraje, ¿podría aplicarse inicialmente a algunas controversias, a cuáles? ¿a determinadas fases del proceso? ¿Serán solo un insumo para una decisión humana o podría admitirse una decisión puramente informática? ¿Los convenios arbitrales podrían contener disposiciones sobre este extremo? ¿Se tratará de aplicaciones que utilicen el método deductivo de razonamiento o es posible también incorporar analogías y otros métodos de interpretación y análisis? Son muchas preguntas pendientes que necesitan ponerse en debate.

Junto a estas interrogantes que parecen ser más técnicas u objetivas, existen otras cuestiones que son más difíciles de responder y están vinculadas al rol del juez al decidir una controversia y a los aspectos éticos vinculados al uso de la IA en la decisión judicial.

Ello, porque si bien una forma de administrar justicia que sea automática y resultado de un análisis de IA, tendrá las cualidades de ser predecible y sustancialmente más rápida, es válido cuestionar si realmente se trata de un mecanismo de administración de justicia, pues en el proceso de juzgar, no solo se trata de identificar una norma y luego la consecuencia jurídica, sino existe un análisis de, por ejemplo, el contexto económico, social, político para interpretar o aplicar la norma en determinado sentido e incluso algunas motivaciones que son más subjetivas y que no necesariamente se ven reflejadas en la motivación expresa de las decisiones.

El acceso a decisiones previas y a mayor calidad de información podría permitir e, incluso, exigir mejores resoluciones pues obligará al árbitro a «pronunciarse conscientemente sobre cosas que quizá un poco

rutinariamente hubiera dado como válidas sin mayor reflexión»,[11] pues «muchas veces el juez evita inconscientemente su responsabilidad en aspectos teóricos, no cuestiona ciertos temas, no desarrolla su propia creatividad, para no tener que defender después públicamente la posición adoptada. Otras veces, elude profundizar en el asunto porque, simplemente, se encuentra agobiado por la falta de tiempo. Y, para justificar esta actitud elusiva, recurre a la ilusión de que la norma es clara y tiene una sola interpretación, o de que existe indiscutible doctrina establecida que permite aclarar toda duda, sin darse muchas veces el trabajo de citar esa doctrina y menos aún de discutirla».[12] El uso apropiado de estos sistemas, podría no solo apoyar el razonamiento del árbitro, sino constituir una herramienta para mejorar la calidad de las resoluciones, sino tener consecuencias prácticas como, por ejemplo, identificar las alertas de los casos en los que un laudo podría ser anulado.

Un aspecto importante es que, si todas las decisiones vienen sistematizadas en un sentido, ¿cuándo se producirían cambios en las formas de interpretar o aplicar la norma? Si no existe ninguna posibilidad de variar el sentido de lo ya resuelto, a la larga, se generaría una mecanización del proceso de administrar justicia sin ninguna oportunidad de cambio que también permiten las decisiones de los jueces o los árbitros.

En ese sentido, se señala que, si bien los algoritmos pueden y están diseñados para obtener respuestas, en rigor se trata únicamente de un sistema de proceso de datos (ceros y unos) que permiten llegar a determinados resultados, pero quien procesa la información, en rigor, no tiene un conocimiento de lo que procesa, y, por tanto, no está en capacidad de evaluar las consecuencias de sus decisiones, ni sabe realmente las razones por las que emite una resolución en determinado sentido.

---

11 DE TRAZEGNIES, Fernando. «¿Seguirán existiendo jueces en el futuro? El razonamiento judicial y la inteligencia artificial». *Ius et Veritas*, 2013, n.° 47, p. 127.

12 *Ibidem*, p. 127.

Un aspecto que es también importante considerar es que, si se trata de tomar las decisiones previas como un insumo para futuros resultados, es posible que la IA incorpore los sesgos de quienes han decidido previamente, tales como los valores personales, las asunciones inconscientes, la intuición, la simpatía o no desarrollada con una parte, las emociones que son parte también de las decisiones que se adoptan. Y también incorporaría distorsiones que pueden obedecer a factores tales como el cansancio, el humor, el hambre o la fatiga del juez.[13] Y, si es así, ¿podemos decir que estamos realmente ante un sistema más objetivo, predecible o justo?

Este no es un riesgo menor, pues solo por citar un ejemplo, cuando Microsoft incorporó a Tay (IA que suponía debía aprender leyendo tuis e interactuando con otros usuarios en Twitter), debió desconectarla al cabo de solo unas horas de funcionamiento, pues empezó a tuitear textos de contenido racista y sexista. Esta y otras distorsiones de la IA han motivado, la incorporación de la epistemología feminista a la hora de desarrollar IA[14] y si eso es válido para la interacción humana en una plataforma como Twitter, las consideraciones para incorporar criterios de jueces son aún más delicadas y representan mayores retos para evitar los sesgos que con frecuencia son inconscientes a la hora de juzgar.

A ello se suman una serie de preocupaciones vinculadas a los derechos intelectuales, la protección de datos, la privacidad, la posibilidad de garantizar derechos fundamentales, entre otros que son materia de discusión actual cuando se aborda el tema de la aplicación de la IA a la interpretación y aplicación de las normas.

---

13 SOURDIN, Tania. *Op. cit.* p. 1129.

14 «Tay había sido programada para almacenar y procesar datos procedentes de conversaciones de tuiteros humanos de entre 18 y 24 años y así perfeccionar su lenguaje, aptitudes y actitudes *millenial* para parecer más humana. Pero, para obtener una inteligencia artificial no sexista y no racista, ¿era válido ese procedimiento de aprendizaje? Evidentemente no, porque habían obviado que el contenido de Twitter no garantizaba la necesaria igualdad de género». Disponible en <https://mujeresconciencia.com/2021/09/01/por-que-es-necesario-incorporar-vision-de-genero-a-la-robotica-y-la-inteligencia-artificial/>.

Además, se han identificado otros riesgos tales como la «singularidad tecnológica», esto es, una «IA fuerte» (*strong AI*) que puede quedar fuera de control humano con graves riesgos para la humanidad y su deshumanización y que, según Kurzweil, ocurriría en el año 2045 o la llamada explosión de la IA 35, Bolstrom, el director del Future of Humanity Institute de la Universidad de Oxford, llama el «*treacherous turn*», el «giro traicionero» hacia una superinteligencia o inteligencia maligna, y se refiere, al momento en el que la IA pasa a ser lo suficientemente fuerte para atacar a los humanos sin advertencia o provocación, cuanto puede considerar que los humanos son una amenaza para el logro de sus valores finales y se vuelven en contra evitando los sistemas de control establecidos por los ingenieros».[15]

Estas preocupaciones, han motivado también respuestas regulatorias. Así, la Unión Europea ha emitido la Carta Ética sobre el Uso de Artificial Inteligencia en los sistemas judiciales y su entorno,[16] en el que se recogen cinco principios:

- *Principio de respeto por los derechos fundamentales:* Garantizar que el diseño y la implementación de herramientas y servicios de inteligencia artificial sean compatibles con los derechos fundamentales.

---

15 COTINO HUESO, Lorenzo. «Riesgos e impactos del *Big Data*, la inteligencia artificial y la robótica. Enfoques, modelos y principios de respuesta del derecho». *Revista General de Derecho Administrativo*, 2019, n.° 50, pp. 9, 10. Disponible en <efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.researchgate.net%2Fprofile%2FLorenzo-Hueso%2Fpublication%2F349494641_Riesgos_e_impactos_del_big_data_la_inteligencia_artificial_y_la_robotica_y_enfoques_modelos_y_principios_de_la_respuesta_del_Derecho%2Flinks%2F6038e67ba6fdcc37a85250cf%2FRiesgos-e-impactos-del-big-data-la-inteligencia-artificial-y-la-robotica-y-enfoques-modelos-y-principios-de-la-respuesta-del-Derecho.pdf&clen=534749>.

16 Carta ética europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno. Reunión plenaria. Estrasburgo, 3-4 diciembre 2018. Cepej, 2018.

- *Principio de no discriminación:* Prevenir específicamente el desarrollo o intensificación de cualquier discriminación entre individuos o grupos de individuos.

- *Principio de calidad y seguridad:* Con respecto al procesamiento de decisiones y datos judiciales, utilice fuentes certificadas y datos intangibles con modelos elaborados de manera multidisciplinaria, en un entorno tecnológico seguro.

- *Principio de transparencia, imparcialidad y justicia:* Hacer que los métodos de procesamiento de datos sean accesibles y comprensibles, autorizar auditorías externas.

- *Principio «bajo control del usuario»:* Excluir un enfoque prescriptivo y garantizar que los usuarios sean actores informados y que controlen las elecciones realizadas.

Además, la Unión Europa ha emitido otros instrumentos orientados a regular el uso de la IA en aplicaciones legales,[17] pues los riesgos existen y, por tanto, se deben mitigar centrando el uso de la IA en el ciudadano.

9. A MODO DE CONCLUSIÓN

La tecnología y su desarrollo es un hecho concreto que no podemos eludir, es parte de la realidad actual y presenta una serie de desafíos para el ejercicio del derecho y puede representar una gran oportunidad para analizar las necesidades de los usuarios de los servicios legales en el momento actual y por tanto, ensayar otras respuestas para atender o satisfacer esas demandas y con ello, podemos repensar el rol que debe cumplir el abogado en la sociedad actual y la contribución de la profesión al agregado social.

17 Por ejemplo, la Resolución del Parlamento Europeo de 20 de enero de 2021. «Inteligencia artificial: Cuestiones de interpretación y de aplicación del derecho internacional».

En el caso del arbitraje, la coyuntura de la pandemia, parece ser el momento oportuno para poner el tema en debate, analizar las posibilidades que nos ofrece la IA y todas las tecnologías vinculadas y encontrar la forma de incorporarlas a la práctica del arbitraje, para lograr un mecanismo de solución de controversias no solo eficiente en términos de tiempo o uso de recursos, sino, principalmente, para acercarnos a la realización de la justicia, que es una aspiración humana.

El hecho de no haber generado grandes desarrollos en IA puede ser una oportunidad para evitar los errores y riesgos que nos alertan quienes tienen el proceso más avanzado, pero lo sustancial es encontrar respuestas concretas que nos permitan un ejercicio profesional que, en efecto, resuelva controversias, teniendo en cuenta que la tecnología es solo una herramienta y como tal, su funcionamiento, beneficio, riesgo o posibilidad está determinado por quien la usa y no por la herramienta en sí misma.

La tecnología nos brinda desafíos, pero también oportunidades y parece ser el momento de encontrarlas.

CONSENT OF WEAKER PARTIES IN INTERNATIONAL ARBITRATION: REALITY OR FICTION?

María Paula Patrón Barceló *

Summary: Introduction.— Chapter I. Arbitration clauses in consumer and employment contracts: the European and United States approach.— I.1. Consumer arbitration.— I.1.1. Europe.— I.1.2. The United States.— I.2. Employment arbitration.— I.2.1. Europe.— I.2.2. The United States.— I.2.3. The Uruguayan example.— Chapter II. The consent in international arbitration.— II.1. Evolution of consent in international arbitration.— II.2. The role of consent in the formation of the arbitration agreement.— II.3. Current challenges of the weaker parties' consent.— II.4. Handling new weaker parties in arbitration: prospective solutions.— Conclusions.— Bibliography.

INTRODUCTION

International arbitration and weak parties are concepts which, at first sight, seem to be at odds. Typically, parties involved in arbitration proceedings are companies that are highly experienced in dealing with international commercial projects[1] and that choose this mechanism due to

* Lawyer, Universidad Católica del Uruguay (2013); LL.M., King's College London (2020). Member of the Young International Arbitration Group (YIAG), Young ICCA, and Young ICSID.

1 SACHS, Klaus. «International Arbitration and State Sovereignty-Protection of the Weak Party». *Arbitration.* Revista Brasileira de Arbitragem. Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, 2007, *volume* IV, *issue* 13.

its special benefits associated with neutrality, confidentiality, specialisation, and the chance to adapt the procedure to the special circumstances of the case.[2] Despite this, those benefits, together with the increased globalisation of world trade, have expanded the use of arbitration as a mechanism to solve other types of disputes arising out of labour, consumer, sports agreements or even simpler commercial contracts involving small companies.

As the expansion of arbitration to other fields continues, some issues associated with consent have arisen and generated several discussions. The key issue in those cases lies in the party's consent. Historically, consent has been considered the cornerstone of international arbitration,[3] fundamental,[4] and the foundation stone of modern international arbitration. This approach, however, has recently started to be questioned and there has been an increasing discomfort with this deep-rooted assumption.[5] The essential requirement in arbitration is the existence of a valid arbitration agreement through which parties have decided to solve their disputes. Before there can be a valid arbitration, there must first be a valid agreement to arbitrate.[6] However, with the expansion of arbitration to other areas, as said above, the way in which consent is provided has changed. So, the question that arises is whether there is a real consent in those cases.

When it comes to the analysis of the consent provided by weak parties, the nature of such consent presents some doubts. If we go one step back and ask whether a proper consent existed, the answer may not be

---

2 BLACKABY, Nigel and others. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford University Press, 2015, 6th edition.

3 BENSON, Lim and Adriana USON. *Relooking at Consent in Arbitration*. Kluwer Arbitration Blog, 2019.

4 STEINGRUBER, Andrea Marco, *Consent in International Arbitration*. Oxford University Press, Kindle Edition, 2012.

5 STEINGRUBER, Andrea Marco. *Consent in International Arbitration*. Oxford University Press, Kindle Edition, 2012.

6 BLACKABY, Nigel and others. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford University Press, 2015, 6th edition.

so clear. Most of the cases where one of the parties is weak include a formal consent provided in writing by the weaker party, but I wonder whether that is enough to state that such party gave a valid and enforceable consent. In fact, sometimes they did not have a real opportunity to negotiate the arbitration clause which is agreed as it was necessary to reach the main contract, especially considering that weak parties such as employees, consumers, athletes, or small companies may have, in certain situations, a reduced bargaining power.

At the same time, it is also relevant to consider that nowadays there is not any international specific legislation regarding the validity and enforcement of the consent provided in such circumstances. Consequently, from my perspective, determining that such consent is not valid simply based on the parties' asymmetry could generate not only a lack of legal security but a strong impact in the selection of arbitration as a dispute resolution method.

Having that issue in mind, the present article will firstly analyse the issues, answers and solutions that have been given by certain states to classic weak parties (consumers and employees), and later the current challenges that involve commercial contracts where a weak party 'consented' an agreement to arbitrate. The situation becomes more complex as there is not a uniform solution to solve this concern. Suffice to mention consumer and employment contracts including arbitration clauses which have a different, if not opposite, treatment in the United States and the European Union. Even when consumer arbitration has generally increased in both regions, they differ considerably, as in the European Union consumers can only agree to go to arbitration after a dispute arises. In contrast, in most cases in the United States, consumers agree to arbitrate before a dispute arises.[7] The same happens in employment disputes as arbitration is rarely used in Europe but often included in

7 DRAHOZAL, Christopher R. & J. Friel RAYMOND. *Consumer Arbitration in the European Union and the United States*, 28 N.*C. J. Int'l L.* & Com. Reg. 357, 2002.

standardised employment contracts in the United States.[8] In this scenario, scholars and national courts have adopted different approaches to the issues. Some understand that consent has been transformed and it is not a consensual but a «compelled consent»[9] while others understand that it is an arbitrability issue, where certain areas should be excluded from arbitration.

Secondly, I will analyse whether the issues that represent arbitration agreements in consumer and employment contracts could be applicable to agreements in which both parties are companies, but the weaker party is represented by a small company, and which actions could take the judges in order to protect such parties. This will be based on the classic theory of consent in arbitration and a recent ruling of the Supreme Court of Canada.

In a nutshell, given the issues that the consent from weak parties implies in arbitration, this article aims to analyse the validity and enforcement of those agreements, through the solutions provided by scholars and national courts, and an additional analysis from an international perspective under a recent ruling in Canada, and the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (*New York Convention*). Thus, the objective is to explore whether the requirement of genuine consent is actually diluting[10] or just transforming itself and, fundamentally, whether a harmonised international solution can be reached.

8 *Ibid.*

9 BENSON, Lim and USON, Adriana. «Relooking at Consent in Arbitration». Kluwer Arbitration Blog, 2019.

10 STEINGRUBER, Andrea Marco. *Consent in International Arbitration.* Oxford University Press, Kindle Edition, 2012.

CHAPTER I. ARBITRATION CLAUSES IN CONSUMER AND EMPLOYMENT CONTRACTS: THE EUROPEAN AND UNITED STATES APPROACH

The European Union (*EU*) and the United States (*US*) have responded differently regarding the issues arising out of employment and consumers' arbitration agreements. Even when the solutions provided by each country may be diverse, as it depends on the national or regional regulations, and the interpretations of their national courts, these regions represent a clear model of two opposite responses to the same problems. Moreover, both kinds of parties, employees and consumers, are clear and classic examples of weak parties in arbitration.

Consequently, this becomes a key starting point to analyse which are the main issues and the corresponding responses that have been given so far when one of the parties of the arbitration agreement did not have a real chance to bargain the arbitration agreement they formally agreed. This is a situation that will be the basis for the analysis of other parties which have the same issues in the context of international commercial arbitration.

I.1. Consumer arbitration

The main concern about consumer arbitration is that a significant number of those agreements are signed by the consumer, based on an adhesion dynamic, where they do not have the possibility to negotiate any of the terms and conditions. Specifically, some of these contracts compel the consumer to arbitrate, including an arbitration agreement among the general conditions and a waiver to take legal actions before national courts. This is a situation that has notably increased due to e-commerce.[11]

11 HUSAIN QOUTEESHAT, Omar. *The Enforceability of the Unfair Arbitration Agreement in Consumer Disputes before Dubai Courts*. Brill, 2017.

The US and EU show major differences in relation to consumer arbitration.[12] Overall, the US has a more liberal approach, normally implementing arbitration clauses in consumer contracts,[13] while the EU has a special regulation which prohibits such inclusion unless the arbitration agreement was negotiated after the dispute arose.[14] By 2018, in the US, more than sixty million workers were covered by arbitration clauses, and 80% of the top companies in America have used arbitration clauses for workplace-related disputes in recent years. In fact, since December 2015, these two jurisdictions diverge even further after the US Supreme Court rendered a judgment in *Directv Inc vs. Imburgia et al.*,[15] which constitutes an important precedent for consumer arbitration.[16]

I.1.1. Europe

The EU has a specific regulation to protect consumers from the issues arising out of consumer agreements where the weaker party did not have an opportunity to negotiate its terms. Specifically, the EU requires member States' courts to presume that the arbitration agreement in consumer contracts is an unfair term if it was not individually negotiated by the parties after the dispute arose.[17] The Unfair Contract Terms Directive n.° 93/13/EEC (*Directive 93*) in its articles 3.1 and 3.2 states the following:

> A contractual term which *has not been individually negotiated* shall be regarded as unfair if contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer.

---

12 JARUSEVICIUS, Justinas. «Consumer Arbitration -Will the two different worlds cross the ocean converge?». *Kluwer Arbitration Blog*, 2016.

13 SZALAI, Imre S and others. «A new legal framework for employee and consumer arbitration agreements». *Legal Sudies Research Paper Series*, 2018.

14 Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts.

15 *Directv Inc. vs. Imburgia et al*, 2015, pp. 14-462.

16 JARUSEVICIUS, Justinas. «Consumer arbitration-Will the two different worlds cross the ocean converge?». *Kluwer Arbitration Blog*, 2016.

17 *Ibid.*

> A term shall always be regarded as not individually negotiated where it has *been drafted in advance and the consumer has therefore not been able to influence the substance of the term, particularly in the context of a pre-formulated standard contract* […].

Furthermore, according to the Directive 93 in its article 6.1, member states are required to adopt domestic policies aligned with it. Consequently, some countries have issued related regulations. The UK is a case in point, having stated that pre dispute arbitration clauses are ineffective when the amount of a potential claim is less than £5.000, judging claims of higher amounts on a case-by-case basis. France has incorporated the EU Directive, and Germany has stated through its Civil Code that there is a test of unfairness that requires that the interests of both consumer and provider be balanced.[18] Besides, there are even national courts of member states that may refer these issues directly to the European Court of Justice (ECJ), based on the Directive 93, to determine its interpretation. In this regard, the ECJ has stated that consumers could raise questions about the validity of the arbitration agreements before national courts, even if that issue was not raised before the arbitral tribunal. The ECJ has also stated that the feature of «unfair terms» implies a broad interpretation including not only conditions that prevent the consumer from going to judicial instances but also when the competent jurisdictions are located closer to the seller's office and away from the domicile of the consumer.[19]

The EU position is aligned with many authors who understand that there is neither real consent nor a bargaining possibility. Thus, it should be generally recognized that mandatory arbitration provisions in consumer contracts are inherently unfair and are distinct from agreements reached by parties of equal bargaining power with a free will to pursue alternate dispute resolution. Therefore, they should have a different defence in comparison with other arbitration agreements,[20]

18 KAMAL, Sugandha. *Mandatory Consumer Arbitration*. SSRN, 2012.
19 European Court of Justice, n.° C-137/08, November 9, 2010
20 KAMAL, Sugandha. *Mandatory Consumer Arbitration*. SSRN, 2012.

based on (i) the consensual nature of arbitration, and (ii) the weak position of consumers when signing the agreement, as they are not considering the future dispute, and do not have an alternative to bargain the contract's terms.

This approach solves the main issues generated by mandatory arbitration agreements in pre-drafted consumer contracts as a consequence of unequal bargaining power.[21] It basically guarantees the access to justice as it allows the consumer to bring the claim before national courts and the alternative to go to arbitration after the dispute has arisen by providing an express consent. Thus, it eliminates the mandatory bonds that the pre-dispute mandatory arbitration implies, which would be expensive compared with the potential amounts at stake, giving the freedom to properly choose through a real consent.

Scholars have analysed the role of the consent in consumer arbitration agreements, stating that the lack of meaningful consent is the key issue. Consumers do not agree to arbitrate voluntarily. The dispute resolution clauses appear in small print in the contract and are buried under other clauses. It is almost a fact that when a consumer signs an online purchase or the phone service agreement, they are hardly likely to understand what they are agreeing to in terms of dispute resolution at that point.[22] And even if the terms are read and understood, there is limited to no scope to negotiate the terms on the part of the consumer, as these are pre-drafted contracts. By giving up the right to litigate, parties waive an important right, and such waiver requires a voluntary and meaningful consent. Mutual consent is one of the main foundations behind alternative dispute resolution, but it appears to be absent here,[23] especially under an unnegotiable pre drafted agreement.[24]

---

21 LAZAREV, Grigori and Jessica TREVELLICK. «Consumer class arbitration in the UK: where we are and what next». *Arbitration Blog*. The Hague-London: Thomson Reuters, 2017.

22 KAMAL, Sugandha. *Mandatory Consumer Arbitration*, SSRN, 2012.

23 KAMAL, Sugandha. *Mandatory Consumer Arbitration*, SSRN, 2012.

24 *Ibid.*

The issues and solutions mentioned above in the context of consumer arbitration show that the EU has decided to render a general regulation to create a basic standard among the region, directly declaring mandatory arbitration agreements in pre-drafted consumer contracts unenforceable. This strategy protects the consumer who is forced to go to a complex and expensive process of arbitration when a problem arises, which does not make any sense in comparison with the amount at stake. In other words, this regulation avoids the helplessness of the consumer.

I.1.2. The United States

On the other hand, the US has adopted a less protective approach, allowing arbitration agreements in pre-drafted consumer contracts before the dispute arises. This is based on the US Federal Arbitration Act (*FAA*), which applies to domestic arbitration and consumer arbitration, as it does not set any restrictions for the consumers to celebrate an arbitration agreement before the dispute arises. Business entities have the freedom to incorporate arbitration clauses, and the consumer has the option of either accepting the clause or rejecting the entire contract.[25] This puts the consumer between a rock and a hard place. Whether they accept the contract as a whole, waving their right to submit a claim before national courts (which could lead to helplessness as in most cases they will not be able to promote arbitration proceedings), or they directly miss the opportunity to acquire the product or service.

This lack of protection of weak parties has increased criticism, leading to a discussion whether consumers should receive the same shelter as under EU regulations. However, with the exception of some initiatives to provide greater protection to the consumers (e.g., the Arbitration Fairness Act, which would prohibit pre-dispute arbitration

[25] JARUSEVICIUS, Justinas. *Consumer Arbitration-Will the two different worlds cross the ocean converge?* Kluwer Arbitration Blog, 2016.

agreements in disputes relating to employment, consumer or civil rights, and anti-trust) no regulation has been approved so far.[26]

The key fact here is that when a consumer accepts the terms and conditions (including the arbitration agreement), once the dispute arises, they are forced to start an arbitration procedure with all the costs that implies. In fact, the New York Times has published that multinational companies like Comcast and AT&T have a combined 330 million customers, but only an average of thirty people has taken those companies to arbitration.[27] This clearly happens due to the complexities and costs involved in an arbitration process for a simple consumer who hired a day-to-day service, such as a satellite cable, but not for a lack of disputes.

As a practical response, consumers have brought class actions, as this is realistically the only tool citizens have to fight this kind of business practices, as long as they share the legal grounds of the claim.[28] But then, companies started to include class actions waivers in the context of arbitration proceedings as well. Faced with this situation, some state judges have called the class-action bans a 'get out of jail free card', because it is nearly impossible for one person to take on a corporation with vast resources.[29]

In this context, the Supreme Court has rendered opposite key rulings regarding class action waivers in consumer arbitrations. In 2005, the Supreme Court decided in the *Discovery* case[30] that a waiver to class arbitration in a consumer contract was unenforceable, highlighting the fact that these are usually claims that involve small amounts of damages.

---

26 *Ibid.*

27 CORKERY, Michael and Jessica SILVER-GREENBERG. «Scared to death by arbitration: Companies Drowning in their own system». *The New York Times*, 2020.

28 SILVER-GREENBERG, Jessica and GEBELOFF, Robert. «Arbitration everywhere, stacking the deck of justice». *The New York Times*, 2015.

29 *Ibid.*

30 *Discovery Bank vs. Christopher Boehr*, 2005, n.° S113725.

Then, in 2011, the Supreme Court rendered a decision in a claim against AT&T Mobility reverting its previous position. It stated that the FAA pre-empts state rules that render class-arbitration waivers unenforceable. Therefore, the *Discovery Bank* rule mentioned above was no longer applicable. The enforceability of a waiver of class-action arbitration clause was reaffirmed in the *American Express* case[31] in 2013.

Finally, in 2015 *Directv* customers brought a class action lawsuit against the company stating that the agreement to arbitrate was unenforceable. The latter as the class action waiver was part of a standard service agreement which included a waiver to class arbitration proceedings. Additionally, they stated that whether the law of the state makes the waiver of class action arbitration unenforceable, to entire provision would be unenforceable, and the Californian law stated that. Nevertheless, the Supreme Court, aligned with its previous decision, stated that the waiver of class action arbitration was compulsory for the consumer as the FAA pre-empted the federal regulations (Californian in this case) and it did not include any restrictions to such waivers.[32]

Despite of the latest position of the Supreme Court, the *Directv* ruling had a dissenting opinion which provided relevant insights. Justice R. B. Ginsburg said that she would take no further step to disarm consumers, leaving them without effective access to justice in the context of a take-it-or-leave-it contract and where the court misread the FAA to deprive consumers of effective relief against powerful economic entities that write no-class-action arbitration clauses into their form contracts.[33] Nevertheless, US case law has not made a distinction between the mandatory provision for arbitration in consumer contracts and arbitration clauses in other agreements where parties of equal bargaining power have each decided to go for arbitration, as the focus is on the interpretation of the FAA.

---

31 *American Express Co. vs. Italian Colors Restaurant,* 2013, n.° 12-133.
32 *Directv Inc. vs. Imburgia*, 2015, n.° 14-462.
33 *Ibid.*

Despite the lack of legal and judicial protection of consumers, a new pragmatic weapon in arbitration has been developed in 2020: sheer volume. In 2020, lawyers and a Silicon Valley start-up tried to flood the system with thousands of arbitration claims all at once. This had a strong effect on many companies as it was almost impossible to handle 2,250 claims in one day. Over two months, in 2018, the start-up FairShake notified telecom companies like Comcast that it planned to file 1,000 arbitration claims.[34]

The fact is that even when lawyers have found alternative solutions to enforce the consumers' rights and overcome the difficulties that starting an arbitration procedure implies for a simple consumer, the action is still based on the arbitration agreement included in the contract (assuming that a real consent was provided). But this solution does not tackle the roots of the issue, regarding the actions that the national courts and tribunals could implement, considering that, in some cases, there is a consent to arbitrate that was only formally provided.

I.2. Employment arbitration

Scholars recognize that arbitration and labour law are traditionally seen as incompatible due to the tension between the principle of party autonomy, which is one of the grounds of arbitration, and the social interest of protecting the employee as the weaker party.[35] However, it is a field that has been growing, particularly for the combination with sports arbitration.[36] Arbitration clauses in employment agreements face the same challenges as consumers regarding the weak parties, especially in cases of employees that sign pre-drafted template agreements.

---

34 *Ibid.*

35 JOHNSON, Alexandra. *Chapter 9: Arbitrating Labor Disputes', in Manuel Arroyo (ed), Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide.* Kluwer Law International. The Hague-London: Kluwer Law International, 2018, 2nd edition.

36 JOHNSON, Alexandra. *Chapter 9: Arbitrating Labor Disputes', in Manuel Arroyo (ed), Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, Kluwer Law International. The Hague-London:Kluwer Law International, 2018, 2nd edition,

However, there are certain particularities. Unlike consumer disputes, employment arbitration agreements are not always based on pre-drafted adhesion agreements. In fact, some of them are carefully customized agreements for senior executives or top-level athletes, as happens in the sports field. Thus, in those cases, there is not an absence of negotiation as parties share a more equal position in the process.[37]

I.2.1. Europe

Following its social philosophy, the UE has been more protective than the US regarding the arbitration of labour disputes. As labour disputes are part of the «social disputes», the legislator has issued a series of protective regulations to protect the weaker party, such as mandatory places of jurisdiction, simplified proceedings, the exemption of court fees, the establishment of facts ex officio, and even jurisdiction of specialized labour courts, as it happens in Switzerland.[38] Consequently, in individual labour disputes, arbitration is rarely used in the EU,[39] as it does not include the protections that could provide national specialized courts.

The EU distinguishes between collective and individual disputes. In collective disputes, there is a role of voluntary arbitration according to Article 6 of the European Social Charter, but in practice negotiation is more widely used, as it has been said that it respects the autonomy of the parties.[40] Regarding individual disputes, where employees claim statutory rights, the solutions provided by EU countries are more diverse. In France, arbitration is rarely used and whenever it is used it is limited to collective disputes,[41] as it is prohibited regarding individual

37 *Ibid.*

38 *Ibid.*

39 JAGTENBERG, Rob and Annie DE ROO. *Employment disputes and arbitration an account of irreconcilability, with Reference to the EU and the USA*. Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu, vol. 68, n.° 2, HeinOnline, 2018.

40 *Ibid.*

41 CASTELLANE, Beatriz, *Arbitration in Employment Relationships in France*, Journal of International Arbitration, Kluwer Law international; Kluwer Law international 2009, vol. 26, issue 2.

claims, considering that the Supreme Court understands that statutory employment rights concern public policy and consequently are not arbitrable.[42] In countries like the UK and The Netherlands, voluntarily agreed arbitration may be allowed under certain conditions, such as the claimed amount (UK) or regarding contractual rights, mainly related to senior managers.

In Switzerland, employment arbitration sheds lighter on the field, as this type of arbitration is more developed. Domestic and international employment arbitration are allowed and regulated, but arbitration of individual disputes is not very common. The applicable regulations state that employment matters can be submitted as long as the claims were at the free disposal of the parties.[43] In any case, after the Swiss Federal Supreme Court ruling in 2010 (BGE 136 III 467), the use of arbitration notably decreased as the Court put an end to the controversy regarding the arbitrability of individual employment disputes in domestic arbitration, affirming that, among other reasons, an arbitration agreement was not valid in case was inserted in an employment agreement with respect to future disputes that could arise. Thus, it basically limited the admissibility of arbitration in domestic employment disputes to non-mandatory claims or to arbitration agreements concluded at the earliest one month after the termination of the employment relationship.[44]

Even when under Swiss domestic law, arbitration agreements will be valid whether within the limits of public policy (arts. 19, 20 CO), defect of consent (arts. 23–31 CO), prohibition of abuse of rights (art.

---

42 JAGTENBERG, Rob and Annie DE ROO. *Employment disputes and arbitration an account of irreconcilability, with Reference to the EU and the USA*. Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu, vol. 68, n.° 2, HeinOnline, 2018.

43 JAGTENBERG, Rob and Annie DE ROO. *Employment Disputes and Arbitration an Account of Irreconcilability, with Reference to the EU and the USA*. Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu, vol. 68, n.° 2, HeinOnline, 2018, p. 4, para. 27.

44 JOHNSON, Alexandra. *Chapter 9: Arbitrating Labor Disputes'. In Manuel Arroyo (ed), Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, Kluwer Law International. Kluwer Law International, 2018, 2nd edition, p. 7, para. 45.

2 CC) or excessive undertakings (art. 27 CC), the rendered rulings are not based on the analysis of the circumstances under which the employee provided its consent. In the international field in Switzerland, employment arbitration has been more used due to traditional advantages associated with the designation of the arbitrators, resolution of the dispute within a neutral forum and preservation of confidentiality, which are attractive for parties to an international employment agreement, particularly, in the sports field and for top-level executives.[45]

The dispute will be arbitrable if it is capable of being submitted to arbitration, according to article 177 (1) of the PILS which provides an economic interest criterion, requesting the involved rights represent at least for one party some interest that can be assessed in financial terms,[46] with the mentioned exception of employment matters, as they are not freely disposable even though they are of financial interest to the parties.[47]

The different approaches of the EU member states show that arbitration is not generally used as a dispute resolution method, and that is due to regulations that prohibit or limit arbitrability, as well as case law that tends to protect the employee and maintain its right to go to specialized national courts. But in any case, the solution varies depending on the country, unlike consumer arbitration, where it is unanimously accepted that arbitration agreements in pre-drafted consumer agreements are definitely not allowed.

---

45 *Ibid.*

46 JOHNSON, Alexandra. *Chapter 9: Arbitrating Labor Disputes'. In Manuel Arroyo (ed), Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*. Kluwer Law International. Kluwer Law International, 2018, 2nd edition, p. 17, para. 111.

47 JOHNSON, Alexandra. *Chapter 9: Arbitrating Labor Disputes'. In Manuel Arroyo (ed), Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*. Kluwer Law International. Kluwer Law International, 2018, 2nd edition, p. 5, para. 33.

I.2.2. The United States

In contrast, in the US, arbitration clauses have often been included into standardized employment agreements since 1900, especially in the financial area, following its traditional conception of the free market.[48] And this practice has continued until today, when massive food delivery companies include mandatory arbitration provisions in their labour agreements.[49]

Historically, in 1974, the Supreme Court rendered a decision in Alexander vs. Gardner-Denver, stating that no mandatory arbitration was allowed in respect of statutory rights' claims of individual employees, but then, in 1991, it changed its position through the Gilmer v Interstate/Johnson-Lane case, stating that a stockbroker was bound by the arbitration agreement. This ruling generated opposite opinions among scholars. Some of them stated that mandatory arbitration bans the possibility to go to national courts and consequently to generate public precedents including some non-beneficial procedural aspects regarding the employee (i.e., limitation of the remedies), while others argued that arbitration saves money to companies and that will be beneficial to employees and customers as prices will be lower.[50] Nevertheless, so far, there was not any discussion about the process in which the agreement to arbitrate is signed and the consent of the employees is provided, but only an economic and ideological discussion based on the FAA.

Similarly to what happens in the context of consumer arbitration in the US, employment class actions have also taken place despite the fact

---

48 AGTENBERG, Rob and Annie DE ROO. *Employment disputes and arbitration an account of irreconcilability, with Reference to the EU and the USA*. Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu, 2018, vol. 68, n.° 2, HeinOnline, 2018, p. 4.

49 CORKERY, Michael and Jessica SILVER-GREENBERG. «Scared to death by arbitration: Companies drowning in their own system». *The New York Times*, 2020.

50 JAGTENBERG, Rob and Annie DE ROO. *Employment disputes and arbitration an account of irreconcilability, with Reference to the EU and the USA*. Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu, vol. 68, n.° 2, 2018, HeinOnline, 2018.

that some companies include class action waivers. Notwithstanding the fact that the National Labor Relations Board has invalidated arbitration agreements with class action waivers in many cases since 2012, no federal court have supported the Board's interpretation, stating that the waivers are binding for the parties. Nevertheless, in 2016, the Seventh Circuit invalidated an arbitration agreement containing a class action waiver, but this position remains alone. Overall, the US Courts are pro-arbitration and, following the FAA, understand that whenever an arbitration clause is present, it should be honoured.[51]

The Federal Policy favours arbitration agreements mandates to enforce all agreements, including those contained in individual arbitration clauses. In case there are doubts about the arbitrability, it shall be resolved in favour of arbitration. The FAA requires that a court compel arbitration where a valid agreement to arbitrate exists, the dispute falls within the scope of the agreement, and the plaintiff has refused to arbitrate.[52] Nevertheless, again, there has not been a detailed analysis of the consent of the employer and the circumstances in which it was provided, or the agreement negotiated. The rulings refer to a «valid agreement to arbitrate», but its validity has not been analysed from the consent perspective.

From a pragmatic outlook, there is an empirical work of employment arbitration in the US which concludes that by 2011 the arbitration procedure has both advantages and disadvantages. On one hand, the employees' win rate is lower in arbitration than in litigation and the amounts awarded are substantially lower, and on the other hand, the timing is substantially shorter, and the fees are paid by the employer most times.[53]

---

51 TORONJO PIVATEAU, Griffin. *Mandating Individual Arbitration: The legality of class action waivers in employment arbitration agreements.* Gonzaga Law Review 52, 2016-2017, n.° 3, HeinOnline, 2017.

52 *Ibid.*

53 JAGTENBERG, Rob and Annie DE ROO. *Employment disputes and arbitration an account of irreconcilability, with reference to the EU and the USA.* Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu, vol. 68, n.° 2, HeinOnline, 2018.

In a context where arbitration agreements are generally enforceable as well as class action waivers, a lot of criticism has arisen, considering that other countries of the EU have a more protective approach. Apart from the managerial cases where there was a proper negotiation of the arbitration agreement, and the parties might want to include the prevision due to the classic benefits of arbitration (i.e., timing, specialization, confidentiality), there are many latent problems in pre-drafted employment agreements of non-managerial employees.

This situation has been thoroughly tackled by the press, which has explained the current reality of the matter and some pragmatic solutions that law firms and start-up companies have found, promoting arbitration claims individually but in the same day, in order to exert more pressure on companies (which clearly cannot handle thousands of claims in one day), and achieve a settlement agreement.[54] One example of this strategy was the promotion of more than 6,000 arbitration claims in one day on behalf of DoorDash's couriers, due to an alleged inconsistency of the formula used to pay employees, which was analysed by the American Arbitration Association.

I.2.3. The Uruguayan example

In Uruguay, the inclusion of arbitration clauses in employment contracts is not expressly forbidden, but there are local labour regulations that protect the employee, which have generated several debates.

In practice, the inclusion of arbitration clauses is uncommon, at least for standard employees, especially considering that there is a specific and abbreviated procedure for labour disputes before national courts,[55] where the employee has access to a state lawyer and receives fees exoneration. However, arbitration clauses have been agreed with

---

54 CORKERY, Michael and Jessica SILVER-GREENBERG. «Scared to death by arbitration: companies drowning in their own system». *The New York Times*, 2020.

55 Law n.° 18.572 modified by Law n.° 18.847.

highly skilled employees, mainly in certain fields as banking or finance or due to the practice of foreign companies.

Given the absence of regulations about employment arbitration, the Appeal Tribunals and the Supreme Court have issued opposite decisions regarding the arbitrability of such disputes and the validity of the arbitration agreements. The latter has happened through a combined interpretation of national procedural and employment legislations. From a labour perspective, Law n.° 18.572 modified by Law No. 18.847, states in its article 2 that: «The Tribunals of the labour jurisdiction will act in matters originated in labour individual conflicts», while the General Procedural Code in its article 472 states that all individual or collective disputes can be submitted to arbitration by the parties, unless an express regulation states the opposite. Besides, article 473.1 of the General Procedural Code expresses that in all contracts or later acts it could be included that the disputes arising out of the parties must be solved through an arbitral procedure. Finally, article 476 provides that it will not be possible to submit to arbitration matters which cannot be settled.

In light of such provisions, the Uruguayan case law has rendered opposite decisions in terms of arbitrability and validity of employment arbitration agreements. On one side, the Supreme Court has adopted a more liberal approach under the General Procedural Code, stating that employment claims are arbitrable, and as a consequence it is the arbitral tribunal the one who must analyse the validity of such clause; and on the other hand, one of the Labour Appeal Tribunals has argued that the special labour law states that labour disputes are exclusive competence of national labour courts.

The Uruguayan Supreme Court[56] has upheld the decision of a Labour Appeal Tribunal n.° 2 (DFA 0013-000375/2016 - SEF 0013-000275/2016) dismissing the plaintiff's appeal in the context of a labour

56 *Roo León, Roberto vs. Club Nacional de Futbol,* 2017, n.° 596/2017.

claim submitted by a former «employee»[57] who worked as a technical director.[58] It was based on the application of the arbitral clause included in the contracts signed by the plaintiff which excluded the national courts' jurisdiction, and the competence of the Professional Football Arbitral Tribunal to address this kind of disputes. As the General Procedural Code only admits as issues excluded from arbitration the ones that cannot be the object of settlement, and in labour law the transaction is allowed (unless a regulation states an express prohibition), the arbitral procedure can be applicable to individual labour disputes. This has been confirmed by Uruguayan scholars,[59] since the settlement of labour disputes has been admitted.

The Supreme Court recognised that the only limit of arbitration, as a dispute resolution method, is the parties' autonomy. But its analysis was focused on the public policy nature and the availability of labour rights to the parties' will, rather than on the formation of the arbitration agreement and the terms under which the party negotiated it. Even when the Supreme Court mentions some of the principles that are the basis of labour regulations, including gratuity, there is no consideration about the costs of arbitration to the employee, or the consent provided.

Nevertheless, consent arguments can be found in the plaintiff's statements as he alleged that it was not enough for the defendant to submit an agreement that includes an arbitral clause, as it was an adhesion agreement. Besides, it stated that the arbitration agreement was already included in the contract so there was no opportunity to negotiate

---

57 It is relevant to note that it was the plaintiff who presented himself before the labour court as a former «employee», even though the agreement celebrated with the Uruguayan Football Club was a commercial one.

58 The same position was adopted in the final decision n.° 38 on March 5, 2010, in the context of a labour procedure related to a diplomatic issue. The Supreme Court determined its lack of jurisdiction as there was an arbitration agreement stating that the dispute should be solved by arbitration.

59 PEREIRA CAMPOS, Santiago. *Aplicación del arbitraje a los conflictos individuales de trabajo,* R.U.D.P. n.° 4/1995, p. 542; STIPANICIC, Emma and Gabriel VALENTÍN. «Proceso Laboral», 1999, Ed. Del Foro, 1995, p. 52.

it. In this regard, the Court stated that the determination of the validity and enforcement of the arbitral clause is an exclusive competence of the arbitral tribunal and for that reason it could not be analysed or solved by national courts, considering that national procedural rules state that the analysis of the issues related to the validity and efficacy of the arbitration agreement rests with the arbitral tribunal (article 475.2). Thus, in this case, national procedural regulations ended with a discussion on who should analyse the arbitration agreement in terms of autonomy and competence-competence.

In a nutshell, the Supreme Court expressed that the arbitral tribunal is competent to decide whether the arbitration clause is valid or not. Thus, under this perspective, if the arbitral tribunal understands that the arbitration agreement is valid, it will decide the main substantive claim. Otherwise, it will conclude that it is null, and consequently it will not have jurisdiction over the matter.

Conversely, another Labour Appeal Tribunal has understood that labour disputes are not capable of being solved by arbitration.[60] In fact, recently, in a case against UBER, it was ruled that the mentioned labour procedural Law n.° 18.572 excludes arbitration as a dispute resolution method when it comes to individual labour disputes and that arbitration is incompatible with labour principles, especially when the plaintiff does not have the opportunity to negotiate the arbitration clause. It added that the arbitration as an alternative method to solve disputes is built on the freedom of the parties that decide to be bonded. The lack of freedom of the plaintiff, on whom the clause was imposed, determined that he did not have a possibility to negotiate the agreement. Besides, the Tribunal mentioned that according to the proof submitted, the plaintiff in that case had to accept the terms of the agreement, which for the Tribunal's view proves the absence of equality.

60 *Queimada, Esteban vs. UBER B.V. and others*, 2020, n.° 89/2020.

The different solutions adopted by Uruguayan judges not only imply a different interpretation of the applicable regulations, but also relevant pragmatic consequences. If an employment claim where there was an arbitration agreement has the chance to be analysed by the Supreme Court, it will probably be declared that it does not have competence, and consequently the arbitral tribunal should be constituted, and the parties should pay the associated costs and fees to finally have a decision in terms of the validity of the arbitration clause. On the other hand, if the case does not go to the Supreme Court, the solution will depend on the Appeal Tribunal that analyses it.

CHAPTER II. CONSENT IN INTERNATIONAL ARBITRATION

As mentioned before, consent is the fundamental component of arbitration. It is a proceeding completely based on the existence of an agreement between the parties who intentionally want to submit current or future disputes to this private dispute resolution method. Without it, no type of arbitration can take place as it will be missing the parties' will expressly waiving their legitimate right to go to courts. And even if the proceeding moves forward, it will be in vain, as the agreement will be later unenforceable.

Besides, as it has been highlighted by distinguished scholars in the field,[61] the resolution of disputes through the validity and enforceability of arbitration agreements is a subject of decisive practical importance for the international arbitral process, as well as a persistent academic challenge. Suffice it to think that it is very common that signatories of arbitration agreements try to bring lawsuits before national courts once the dispute has arisen.

Consequently, this will be the substantial starting point to define the relevance of the consent in the formation of the arbitration agreement,

61 BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International; Kluwer Law International, 2014, 2nd edition, pp. 636 -942.

the evolution of its conception, and the consequences of the absence of a real consent. Once this is defined, the objective will be to analyse whether these issues could be transversally applicable to commercial arbitration contracts involving weak parties.

II.1. Evolution of consent in international arbitration

The interpretation of consent in international arbitration has evolved over time, not only through legislation but case law as well. The inclusion of arbitration agreements was initially resisted, but later it changed through the sanction of key international pro-arbitration regulations which expressly requested that signatory parties enforce arbitration agreements when certain conditions were met.[62] This trend favoured the use, efficacy, and efficiency of arbitration, as parties can trust on a method that is predictable and will be enforceable.[63]

The evolution of consent from a historical perspective goes beyond the apparent as it shows the essential role of the consent and how international regulations have affected the evolution and increase of the use of arbitration, based on the presumptive validity of consent to provide certainty.

From the 19th century to the early 20th century, some countries like the UK, the US and France considered agreements to arbitrate future disputes as unenforceable or subjected to significant limitations, while other courts held that such agreements could be revoked at any time prior to an award. However, other countries accepted arbitration as a convenient method for solving international disputes. This general rejection of arbitration drastically changed when several international provisions were enacted. Those international provisions include the Geneva Protocol and Convention, the New York Convention, the European

62 BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International; Kluwer Law International, 2014, 2nd edition, pp. 636 -942.

63 *Ibid.*

Convention, the Inter-American Convention, and the Uncitral Model Law. All these changed the attitude towards arbitration.[64]

In particular, those regulations required contracting states to recognize that arbitration agreements were presumptively valid and enforceable in commercial arbitration and to enforce those agreements referring the matter to arbitration. This was reiterated by the New York Convention, which tried to upturn the previous resistance and consolidate arbitration through uniform international standards, to obtain its validity even before national courts.[65] However, this imposed obligation to states was limited, and exhaustive exceptions were stated in Article II (3) whereby the arbitration agreement is: «*null and void, inoperative or incapable of being performed*».

Besides, after the international provisions, national arbitration legislation followed the trend adopting statutory provisions that required national courts to recognize the arbitration agreements under the conditions stated in the New York Convention as mentioned above.[66] Among such regulations is the Uncitral Model Law, the basis of many national arbitration laws, which in its article 8(1) states that:

> A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if a party so requests... refer the parties to arbitration unless it finds that the agreement is *null and void, inoperative or incapable of being performed.*

II.2. The role of consent in the formation of the arbitration agreement

Based on the previous legal framework, now it becomes relevant to analyse which practical issues are involved in the formation of consent. As arbitration agreements generate questions of formation, particularly

64 *Ibid.*
65 *Ibid.*
66 *Ibid.*

related to consent, it is relevant to consider the separability presumption, rules of substantive contractual validity, standards of proof, choice-of-law principles, issues of evidentiary proof, and application of the competence-competence doctrine.[67] These aspects will be fundamental to determine whether the consent is valid to form the arbitration agreement, and which are the standards that should be applied to arrive to such a conclusion.

The autonomy of the parties is the legal ground of arbitration, and it is based on an agreement between them.[68] Besides, the basic premise is that an international arbitration agreement cannot be recognized or enforced unless it was validly formed. This is applicable under the New York Convention (article II), Uncitral Model Law (article 8), and European Convention (article V (1)). Furthermore, it is worthy of mention that to define if it is valid, the arbitration agreement should be considered separately from the main contract. In other words, to confirm that the parties specifically consented to the arbitration agreement, even when the main contract was agreed. This is especially applicable to long pre-drafted terms, such as the ones that can be implemented in consumer, and some employment relations.

Apart from that, the question of validity will be addressed in most developed legal systems under general principles of formation of contract law, like any other contract, which will probably include free consent requirements.[69] But how should the existence of a valid consent of the parties be evaluated? Basically, in most cases, by proving the formation of the consent of the main contract. And in case one of the parties wants to prove the absence of consent, the separability will allow them to prove that even when the consent was formally provided, it was only for the main contract, excluding the arbitration clause.

---

67 BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International; 2014, 2nd edition, pp. 636-942.

68 SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A. *El acuerdo de arbitraje: Validez Formal y Sustancial*, (source that has not been published yet and provided by the author).

69 *Ibid.*

Regarding the competence to decide the formation of the arbitration agreement, the competence-competence doctrine is relevant as the arbitral tribunal is allowed to decide its own competence and for that, it needs to determine previously whether there is a proper consent that gives them jurisdiction.[70]

The burden of proof is a key issue as well, in the process to determine the existence of a valid consent, and consequently of an arbitration agreement. From a procedural point of view, this is an aspect that could be questioned at a preliminary stage if the arbitral tribunal or the court has to decide about the arbitral tribunal competence based on the agreement to arbitrate.[71] Despite the international conventions mentioned above do not refer to the burden of proof, through an interpretation of articles II.2 and II.3 of the New York Convention, scholars[72] have stated that the party asserting the existence of the agreement should prove it as it is the one that has to 'request' to refer the dispute to arbitration. But, as article II.3 establishes the validity presumption and imposes an obligation over the court to refer to arbitration (without the party's request), unless it finds it null and void, inoperative and incapable of being performed, this seems to demonstrate that it is the party resisting the enforcement that will have to prove the invalidity of the agreement.[73] The same comments apply to countries which have a national arbitration legislation based on the Uncitral Model Law. And finally, the burden of proof of the agreement in national courts is on the party relying upon it, while the invalidity or inoperability is on the party resisting the enforcement, which is aligned with general applicable principles of the allocation of the burden of proof. In the same line, arbitral tribunals have stated that the burden of proof lies with the party trying the enforcement.[74]

---

70 BLACKABY, Nigel and others. *Redfern and Hunter on International Arbitration.* Oxford University Press, 2015, 6th edition,

71 *Ibid.*

72 *Ibid.*

73 *Ibid.*

74 *Ibid.*

So far, the interpretation of the burden of proof regarding the invalidity or enforceability of the agreement is clear, but scholars have recognized that the answer is not clear in terms of the existence of the agreement. Born[75] points out that it is not clear whether Article II (3) of the New York Convention leaves Contracting States free to allocate the burden of proof of the existence of an international arbitration agreement. It has been said that the burden of proof of invalidity is under the party resisting the enforcement, but it does not directly address the proof of the existence of the agreement itself. Consequently, he understands that that contracting state and national law will define it.[76]

The standard of proof of the existence of the agreement, where the enforcement of challenge is at stake, varies. Some authorities require a high degree of certainty compared with other agreements, others are pro-arbitration, requiring a lower degree, and others do not have a special rule, giving the same treatment to other type of contracts.[77]

Finally, it is worthy to mention that in situations where the party wants to stop the enforcement of an arbitration agreement invalid or defective (as in some employment and consumer cases), it could be argued that the defects in the formation of consent are not included in Article II (3) of the New York Convention under 'null and void', considering that it is a prior question whether there is any agreement. Consequently, depending on the interpretation adopted, if it is included in Article II (3), it will be subject to the burden of proof mentioned, whether it is not, will be subject to generally applicable contract law rules.

---

75 *Ibid.*

76 BLACKABY, Nigel and others. *Redfern and Hunter on International Arbitration.* Oxford University Press, 2015, 6th edition,

77 *Ibid.*

II.3. Current challenges of the weaker parties' consent

The previous chapter (I) showed that there are certain categories of parties who, generally, cannot provide a pure consent to arbitrate before the dispute arises as they are in an unequal position to bargain, and consequently forced to accept pre-drafted agreements. For that reason, countries have adopted different actions to avoid helplessness, such as prohibiting the arbitration of certain areas (non-arbitrable issues), demanding proof that the agreement was properly negotiated, or only admitting such clauses after the dispute arose. On the other hand, there are certain countries, as the US, where such clauses are still generally admitted, based on national regulations (FAA) and a pro-arbitration policy. In any case, those actions respond to the historically political and economic ideology, where the US is more liberal, and the EU willing to provide further protection in the context of a welfare state.

But those consent issues are not the result of a historical or concluded discussion in the context of arbitration. In fact, even when consent may be described as the cornerstone of arbitration, as it is consensual by nature, this has recently started to be called into question[78] alongside the discussion whether consent in arbitration is a merely a legal fiction[79] and even a mechanism borne out of compelled consent.[80]

In that regard, some scholars highlight that even when the main characteristic of arbitration is that it is chosen by the parties, the empire of consent is falling due to the evolution and changes the world of international arbitration has gone through.[81] Besides, the use of arbitration as a dispute resolution method in fields other than the traditional one of

---

78 STEINGRUBERG, Andrea M, *Consent in International Arbitratio*n, Oxford International Arbitration Series. Kindle Locations 3004-3007. OIP Oxford. Kindle Edition, 2012.

79 BENSON, Lim and Adriana USON. *Relooking at consent in arbitration*. Kluwer Arbitration Blog, 2019.

80 *Ibid.*

81 STEINGRUBER, Andrea M. *Consent in international arbitration*. Oxford International Arbitration Series. Kindle Location 3279. OUP Oxford. Kindle Edition, 2012.

commercial arbitration have had an impact as well, to the point that it has been said that the modern approach to consent is more focussed on facts and more aligned with commercial practice, economic reality, and trade usages.[82]

As a response to this current consent issue, some scholars have put emphasis on the *autonomie de la volonté*, concluding that compulsory arbitration is not true arbitration, and questioning the consensual nature of arbitration in other fields, such as sports. Thus, it has been said that there is a marginalization or a modern approach to consent, having arbitrable areas where the classical concept of arbitration is absent. The substantive validity of arbitration has been questioned as there are parties which do not have the same bargaining power. But as arbitration becomes more common in all fields, scholars express that a true and meaningful consent does not exist, but only a fiction of it. Thus, maybe it would clearly be more honest to admit that arbitration without consent exists.[83] In any case, even if it is true, admitting the previous statement would imply the fall of the foundational theory of arbitration based on the parties' consent and real intention to waive the right to go to court. The doctrine has also named this kind of contracts where the party does not have a real choice to negotiate the terms of the agreement, as forced consent.[84]

Other authors assume that consent is forced but understand that there is still consent. They have expressed that there is a change from consensual to compulsory or the so-called «compelled consent», but that does not mean that the principle of consent has been extinguished. In fact, they add that arbitrations are borne out of compelled consent: the problem is basically one of abuse of unequal bargaining powers, which

82 BENSON Lim and Adriana USON. *Relooking at consent in arbitration*. Kluwer Arbitration Blog, 2019.

83 STEINGRUBER, Andrea M., *Consent in International Arbitration*, Oxford International Arbitration Series. Kindle Location 3372. OUP Oxford. Kindle Edition, 2012.

84 *Ibid.*

should be reconsidered by legislatures.[85] And consequently, countries should issue limitations on arbitrability under a certain amount.

In the middle of the current consent debates, I find it interesting to question whether those are the only weaker parties in arbitration, if those solutions —for employees and consumers— could and should be applied to new categories of weak parties where there is no real consent to arbitrate, and which are the alternatives that judges and tribunals have to address consent issues. In other words, to determine if the same arbitration issues that appear in employment and consumer agreements could also appear in other type of contracts, as commercial contracts, where the weaker party is a commercial one, but much smaller than the other, with a limited or even non-existent bargaining power.

Let us consider cases where a small company concludes a pre-drafted commercial agreement with an economically solid company and the bargaining position of the parties is clearly unequal. It is not necessary to be an employee, athlete, or consumer to be a weak party. The qualification needs to focus on how the consent was provided and under which circumstances. And there are cases, even commercial, where there is an absence of bargain power and parties are forced to accept the terms in a 'take it or leave it' dynamic. Those agreements have been qualified as adhesion contracts.[86] It is about situations in which arbitration agreements were not individually negotiated, as they were included in general terms and conditions. In those cases, consent is formally valid but not from a substantial standpoint, as the arbitration agreement was not individually negotiated.

---

85 BENSON Lim and Adriana USON. *Relooking at Consent in Arbitration*. Kluwer Arbitration Blog, 2019.

86 STEINGRUBER, Andrea Marco. *Consent in international arbitration.* Oxford University Press. Kindle Edition, 2012.

The same happens with disputes involving athletes and sports federations:[87] the arbitration mechanism is part of the main contract, and they do not have a real choice to exclude it.

It could be argued that there is not a real consent but a fictitious one. So, the challenge for the law, courts and tribunals is to handle this issue when there is an unbalanced economic power which influences the parties' bargaining power, and consequently the existence of an agreement to arbitrate. Specifically, to determine which actions could the courts and tribunals take to avoid arbitration proceedings based on an inexistent consent.

A good example to fathom the situation of weaker commercial parties is a recent case, in 2019, which involved a Spanish company who hired David Guetta for the performance of a concert in Spain.[88] In the case, the artist did not appear at the event, and he decided, as a compensation, to refund only part of the agreed fees. The contract included an arbitration agreement with a choice of English law and the submission of the disputes arising out of the contract to arbitration in London. Consequently, to claim the unpaid damages, the Spanish company would have had to commence an international arbitration proceeding, as it waived its right to go to court.

In this case, even when the key issue was the insolvency of the Spanish company, which did not allow it to commence the arbitration proceeding, the case reflects how in practice weak parties can also be found in purely commercial agreements. And the qualification as weak party could be determined when the signed agreement was a pre-drafted contract where the company did not have any chance to bargain its terms or to opt for an alternative dispute resolution method according to its real possibilities. Had the party negotiated the agreement, it would

87 BENSON Lim and Adriana USON. *Relooking at Consent in Arbitration*. Kluwer Arbitration Blog, 2019.

88 *Delfuego Booking*, 2019, n.° 266/2019.

not have agreed on a conflict resolution method that exceeded its financial capacity. This is a situation that leads to the party's helplessness and, naturally, should be avoided.

Indeed, there is a more recent innovative example which could be the window to future rulings. A few months ago, the Supreme Court of Canada rendered a decision[89] in which it understood that an arbitration agreement included in a main contract, and formally agreed by couriers and UBER, was null due to the lack of bargaining power of the plaintiffs. This is a leading case, as a national court decided over the validity of an arbitration agreement based on the inequality of the parties to properly agree to go to arbitration. Moreover, it could be considered as a purely commercial agreement[90] as the plaintiffs (couriers) celebrated service agreements with UBER to access its platform.

The case is about couriers who used UBER's software application to provide food delivery services, and brought a labour claim before a national court despite the existence of an arbitration agreement in the terms signed by the parties. The agreement stated that any dispute should be solved by mediation and arbitration in the Netherlands and required an up-front payment of US$14,500 plus legal fees, which represented most of the plaintiff's annual income. While UBER brought a motion to stay the class proceeding in favour of arbitration, relying on the arbitration clause, the plaintiff stated that the arbitration clause was unconscionable and invalid.

The first instance judge accepted the motion to stay based on the fact that arbitrators are competent to determine their own jurisdiction (competence- competence). However, the Court of Appeal set aside such decision under the understanding that the Court could deal with the validity of the arbitration clause. In fact, it found that the arbitration

89 *Uber Technologies Inc. vs. Heller*, 2020, SCC 16.

90 Not only considering that they formally executed a commercial agreement but also based on the substantial relationship.

clause was unconscionable as it was based on the inequality of bargaining power between the parties. Once the case arrived at the Supreme Court, it upheld the Court of Appeal decision by the majority of its members, stating that the arbitration agreement was unfair and invalid based on the following grounds:

Firstly, the Court stated that due to the high fees for initiating arbitration, if the matter is sent to be heard by an arbitrator, there are high chances that the validity of the arbitration agreement may never be resolved, as the plaintiff will not be able to afford them. Thus, it understood that the validity of the arbitration agreement should be decided by the court.

Secondly, it affirmed that the plaintiff was right about the arbitration clause. The Court understood it was unconscionable as it requires considering two elements: **i)** whether there is an inequality of bargaining power, **ii)** and whether there is a resulting improvident bargain. And it concluded that there was inequality of bargaining power between UBER and the plaintiff because the arbitration clause was part of an unnegotiated standard form contract, there was a significant gulf in sophistication between the parties, and a person in the plaintiff's position could not be expected to appreciate the financial and legal implications of the arbitration clause. The arbitration clause was qualified as improvident because the arbitration process required US$14,500 in up-front administrative fees. As a result, the Court determined that the arbitration clause was unconscionable and therefore invalid.

It is important to stress that the Court based its decision on an analysis of the circumstances under which the arbitration agreement was concluded, presenting the unconscionability as an equitable doctrine that is used to set aside unfair agreements that resulted from an inequality of bargaining power; as a relief from improvident contracts. The focus is the protection of those who are vulnerable in the

contracting process from loss or improvidence in the bargain that was made. Under the Court's perspective, the two key elements of unconscionability are: **i)** an inequality of bargaining power: this exists when one party cannot adequately protect its own interests in the contracting process, and **ii)** a resulting improvident bargain: if it unduly advantages the stronger party or unduly disadvantages the more vulnerable. Improvidence is measured at the time the contract is formed and must be assessed contextually.[91]

In fact, the Court specifically defined the question that national judges should raise. It invited to analyse whether the potential for undue advantage or disadvantage created by the inequality of bargaining power has been realised. However, it limits the configuration of the inequality. For the Court, the fact that one of the parties knows that is taking advantage of another's vulnerability may provide strong evidence of inequality of bargaining power, but it is not essential for a finding of unconscionability. Unconscionability does not require that the transaction was grossly unfair, that the imbalance of bargaining power was overwhelming, or that the stronger party intended to take advantage of a vulnerable party.[92]

Furthermore, the Court went one step further and highlighted the application of its theory to other standard form contracts where there is a clear potential to create an inequality of bargaining power. In the case of arbitration, the Court understood that such potential can be seen through choice of law, forum selection, and arbitration clauses that violate a party's reasonable expectations by depriving them of remedies.[93]

Thirdly, the Supreme Court, based on a previous case, decided that courts should refer all challenges to an arbitrator's jurisdiction to the arbitrator unless they raise pure questions of law, or questions of mixed

91 *Uber Technologies Inc v Heller* (2020) SCC 16, p.9.
92 *Uber Technologies Inc v Heller* (2020) SCC 16, p.7.
93 *Ibid.*

fact and law that require only superficial consideration of the evidence in the record. The relevant point is that, even when they recognize that the arbitration agreement can be analysed by both the court and the arbitral tribunal, in this case there was an issue of accessibility. This is presented as the key element that defines the Court's position in terms of the aspects to be analysed.

It is worthy to stress that the commencement of arbitration proceedings also implies challenges for the weaker party. In some cases, arbitration results in an extremely expensive procedure for the party which does not have the required funds to commence arbitration proceedings, or the costs of the arbitration are higher than the amounts at stake. Thus, enforcing its rights through arbitration becomes impossible and inconvenient.[94] It seems logical to think that when parties agree to arbitrate, they should be aware of the substantial associated costs of fees and expenses (*e.g.*, attorney's fees, tribunal, arbitral institution). Consequently, the fact that a party sign an agreement to arbitrate when they lack the funds to start it, demonstrates that there was not a real consent.

The Court highlighted the practical problems of access to justice. One way in which the validity of an arbitration agreement may not be determined is when an arbitration agreement is fundamentally too costly or otherwise inaccessible. This could occur because the fees to begin arbitration are significant relative to the plaintiff's claim or because the plaintiff cannot reasonably reach the physical location of the arbitration. In such situations, staying the action in favour of arbitration would be tantamount to denying relief for all claims made under the agreement. The arbitration agreement would, in effect, be insulated from meaningful challenge. Consequently, the Supreme Court stated that:

94 Unless the other party shall bear all associated costs.

> Accordingly, a court should not refer a challenge to an arbitrator's jurisdiction to the arbitrator if there is a real prospect that doing so would result in the challenge never being resolved.[95]

And in order to determine if the Court should not refer a challenge to jurisdiction, it described a process to follow: i) the court must first determine whether, assuming the facts pleaded to be true, there is a genuine challenge to arbitral jurisdiction, and ii) determine from the supporting evidence whether there is a real prospect that, if the stay is granted, the challenge may never be resolved by the arbitrator. Moreover, it emphasized that the court should anticipate whether there is a real prospect that the arbitrator may never decide the merits of the jurisdictional challenge. If that could happen, the court should analyse the competence of the arbitral tribunal and firstly, the validity of the arbitration agreement.

Finally, the Supreme Court concluded that, applying the unconscionability doctrine, there was clearly inequality of bargaining power between UBER and the plaintiff, in the context of an arbitration agreement that was part of a standard form contract. Besides, that a person in their position could not be expected to understand that the arbitration clause imposed a USD 14,500 hurdle to relief. This situation was confirmed by the fact that the arbitration fees are close to the plaintiff's annual income and are disproportionate to the size of an arbitration award that could reasonably have been foreseen when the contract was entered.

II.4. Handling new weaker parties in arbitration: prospective solutions

According to the abovementioned case law and scholars' opinions, the issues of the consent to arbitrate in employment and consumer contracts have been generating several issues due to the lack of bargaining power

95 *Uber Technologies Inc. v. Heller* (2020) SCC 16, p. 6.

of one of the parties, who formally provided the consent, but as result of an imposed agreement. To deal with these issues, countries have adopted different solutions aligned with their political approaches, including new legislations that limit or prohibit certain types of arbitrations. This situation helps to provide certainty to the parties who agree to go to arbitration, as they know the limits and restrictions.

Nevertheless, the expansion of arbitration to other areas and simpler commercial agreements proves that there are other types of weak parties, such as small companies, who could be experiencing the same issues that face employees and consumers. The previous cases involving David Guetta and UBER show that consent issues arising out of consumer and employment arbitration could also be present in commercial arbitration contracts. Thus, under certain circumstances, commercial parties could be also qualified as 'weak' parties. But as this is a new category, there are no special regulations that determine when such consent will not be valid and which measures could be applied to protect the weaker party and ensure that the arbitration process is based on a formal and substantial valid agreement.

In this context, the question that arises is whether such fictitious consent of a commercial party can be used as a ground to refuse enforcement of arbitration agreements in commercial contracts, under the current international regulations.

The alternative to address the commercial weak parties' issues applying the same solutions as for employees and consumers (*i.e.*, prohibition of arbitration of the field or declaring unenforceable arbitration agreements signed before the dispute has arisen) seems to be too aggressive, considering that arbitration is more used in the context of international commercial arbitration. Besides, implementing such protections could lead to a sharp decline in the use of arbitration as an alternative dispute resolution method. Even though consumers and employees are generally weak parties (except for managerial employees), commercial

parties start from the opposite assumption. The commercial party which formally signed the arbitration agreement but providing a fictitious consent should prove the circumstances that qualified it as a weak party. Thus, this should be carefully analysed on a case-by-case basis.

Given the absence of special regulations, potential situations should be analysed under the applicable regulations, depending on the case features. In the case of international commercial arbitration, if a national judge receives a lawsuit of a plaintiff that formally signed an arbitration agreement, it will have to decide whether it will refer the file to the arbitral tribunal to decide its own competence or will analyse it directly. Under the New York Convention, Article II (3), which has a similar wording that the Uncitral Model Law, the judge could reject the remission of the claim to the arbitral tribunal when the arbitration agreement suffers specific defects:

> The court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, *unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.*

Consequently, one alternative is that the party that formally agreed an arbitration clause under unequal bargaining circumstances, included in a pre-drafted agreement where there was no space for negotiation, rejects its enforcement based on Art II (3) of the New York Convention stating that it was null. However, it could also be said that it was not a null consent but an inexistent one. In such case, the tribunal or the judge should look for an interpretation of the clause that provides guarantees for both parties. If it cannot be enforced a null agreement, it is absolutely clear that it cannot be enforced a fictitious consent either.

From a jurisdiction perspective, in the context of international commercial arbitration, the consent issued by the parties could be analysed by both national courts and arbitral tribunals. That will depend

on the actions of the parties, and the decision adopted by the court, considering that national courts could analyse it directly. Besides, based on the competence-competence principle, the arbitral tribunal is also allowed to decide whether the dispute can be solved by arbitration. However, two additional aspects should be considered. First, the associated costs. If the arbitral tribunal decides, it firstly needs to be constituted, which will imply costs for both parties. This could be a situation of denial of justice. Second, there is no certainty that the judge will decide its incompetence. According to articles II and III of the New York Convention, the arbitral tribunal has competence to decide about its own competence.

In this regard, I personally understand that even when both bodies could decide whether there was consent and its validity, the resolution by a national judge could provide more guarantees for the weaker party since if it does not have the required founds to start the arbitration proceeding, it will not have the access to an adequate defence. Thus, this is an aspect that weaker parties might want to consider when suing before national courts.

Regarding the substantial grounds, even when the situation should be analysed on a case-by-case basis, the Canada Supreme Court provides a detailed criterion to determine whether the consent was null; a roadmap to ensure the validity of agreements. The Canada ruling certainly innovates in the arbitration field and gives several elements to avoid the enforcement of a forced consent. It basically states that even when a party formally signed the arbitration agreement, this could be void due to the specific condition of one of the parties and the type of main contract. In other words, whether the bargaining power of the party is very reduced or does not exist and the contract that included the arbitration agreement is non-negotiable, we are in front of the unconscionable. And for such reason, the arbitration clause should be invalid, considering that the party did not have the chance to negotiate, and it limits the right to access to justice.

This criterion includes the determination of the lack of bargaining power, usually associated with an imposed agreement and a significative economic gap between the parties, the absence of bargaining power, confirming the type of contract the parties signed and if the arbitration agreement was part unnegotiated standard form contract. Moreover, it will be relevant to analyse whether the party that pretends to continue in the jurisdictional process has funds to proceed arbitration in case the file is sent to the analysis of the arbitral tribunal. In case it does not have the required funds, the court should decide the validity of the agreement to avoid helplessness of the weaker party who will not be able to commence arbitration proceedings. In fact, the Supreme Court of Canada determined that the arbitration agreement was null due to the special circumstances of the case that demonstrated that the plaintiff did not have another alternative but to sign the agreement with the arbitration clause, even when he was not aware about its meaning neither the associated costs.

The proof of those elements will be decisive. Nevertheless, as it was mentioned before, scholars understand that the burden of proof of the Article II (3) of New York Convention is not clear about which party should have the burden. It could be said that it is the party who pretends the enforcement the one that should provide the elements that the consent is valid as it was freely provided by the parties. In such case, it should prove that the signed agreement was not part of a pre-drafted model that the company uses, and that there was a real negotiation of such terms.

The lack of funds to face the arbitral process will be a strong element to demonstrate that the consent was not properly provided, as it seems unreasonable to agree on a dispute resolution method that will not be used due to the lack of funds or the significant cost that it represents considering the economic capacity of the party. No one will want to agree on a dispute resolution method they will not be able to implement, losing their right to justice.

By way of example, if a small businessperson formally consents to an arbitration agreement in the context of a commercial contract, earning £20.000 per year, and the cost to commence arbitration is £10.000, that represents 50% of the person's annual salary. The relevance of such amount, compared with the person's annual salary, means that the businessperson was not fully aware of what formally agreed to. Otherwise, it would have chosen another method compatible with its incomes. When the associated costs to commence an arbitration procedure represents 50% of the annual income of the person/company, it seems clear that they were not conscious about the terms and conditions that they signed.

Consent continues to be the essential element of arbitration. If there is not any type of judicial or arbitral control about the substantial consent of weak parties (even commercial) and the circumstances under which it was provided, we will be facing a limitation in the right to defence of parties that did not have the real intention to go to arbitration and did not have the required funds to commence arbitration procedures. The inequalities in commercial arbitration should be addressed as well, to avoid helplessness and ensure that arbitration does not become an instrument to oppress parties' rights.

Finally, it is relevant to consider the impact of this decision on future cases. As recent articles have stated, the inevitable consequence of the Supreme Court of Canada's decision is that will bring frequent challenges to arbitration clauses as a result of the individual and fact-specific nature of the factors Canadian courts will now need to consider in deciding whether to stay court proceedings in lieu of arbitration.[96] On one side, it might generate uncertainty as judges could start applying the *Heller* criteria and many agreements could be declared null. On the other hand, it could also have a positive effect if companies who use this kind

96 HUNTER, Chris Kinnear, *Supreme Court of Canada Deals Blow to Uber, Declares Arbitration Clauses Invalid as a Result of Surge Pricing*, Kluwer Arbitration Blog, 2020.

of agreements bring the opportunity to freely chose the dispute resolution method or includes an arbitration agreement whose costs can be afforded by the potential claimant to avoid any type of helplessness.

CONCLUSIONS

This paper aimed to analyse the validity and enforcement of arbitration agreements based on a fictitious consent when such agreements were not freely provided and where one of the parties did not have a real opportunity to negotiate their terms.

As employees and consumers have been historically categorized as weak parties, countries have adopted different types of protections in order to avoid arbitration proceedings based on forced consents, and to guarantee the weak parties' right to defence, as they generally do not have the funds to commence arbitration proceedings. Those measures have been aligned with the political approach of each country, which can be clearly seen through the approach adopted by the US and the EU.

But apart from employees, consumers and athletes, there are further issues in the context of international arbitration showing that there might be another type of weak parties involved in arbitration agreements. In particular, commercial cases, in which companies are in an unequal position to bargain, and consequently forced to accept predrafted arbitration agreements. Thus, I understand that if the consent of a commercial party is provided under a situation similar to the one that employees and consumers experience, those agreements should be unenforceable, based on article II (3) of the New York Convention, and based on the recent grounds stated by the Supreme Court of Canada, once it has been proved that the consent was fictitious.

In a nutshell, even when arbitration is expanding to other fields and contracts, becoming the most used dispute resolution method, there

should always be a strict analysis of its cornerstone: consent. Because, as United State Supreme Court Justice Ginsburg stated, arbitration is a matter of «*consent, not coercion*».[97]

BIBLIOGRAPHY

Books and articles

BENSON, Lim and Adriana USON. *Relooking at consent in arbitration*. Kluwer Arbitration Blog, 2019.

BLACKABY, Nigel and others. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford University Press, 2015, 6th edition.

BORN, Gary, *International Commercial Arbitration,* 2nd edition (Kluwer Law International; Kluwer Law International), 2014.

CASTELLANE, Beatriz. «Arbitration in Employment Relationships in France». *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law international; Kluwer Law international, 2009, vol. 26, issue 2.

CORKERY, Michael and Jessica SILVER-GREENBERG. *Scared to Death by Arbitration: Companies Drowning in Their Own System*, The New York Times, 2020.

DRAHOZAL, Christopher R. & Raymond J. FRIEL. *Consumer Arbitration in the European Union and the United States*, 28 N.C. J. Int'l L. & Com. Reg. 357, 2002.

FERNÁNDEZ, María Eugenia. «Recentísimas novedades en materia de arbitraje de consumo tras la Ley n.° 7/2017, de 2 de noviembre, sobre

97 *Directv Inc v Imburgia et al*, 2015, n.° 14-p. 462.

resolución alternativa de conflictos de consumo». *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*. Kluwer Law International, 2018.

HUNTER, Chris Kinnear. *'Supreme Court of Canada Deals Blow to Uber, Declares Arbitration Clauses Invalid as a Result of Surge Pricing*, Kluwer Arbitration Blog, 2020.

HUSAIN QOUTEESHAT, Omar. *The enforceability of the unfair arbitration agreement in consumer disputes before Dubai Courts*. Brill, 2017.

JAGTENBERG, Rob and Annie DE ROO. *Employment Disputes and Arbitration an Account of Irreconcilability, with Reference to the EU and the USA*. Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu, vol. 68, n.° 2, HeinOnline, 2018.

JARUSEVICIUS, Justinas. *Consumer arbitration. Will the two different worlds cross the ocean converge?* Kluwer Arbitration Blog, 2016.

JOHNSON, Alexandra. *Chapter 9: Arbitrating Labor Disputes*. In Manuel Arroyo (ed.). *Arbitration in Switzerland: The practitioner's guide*. Kluwer Law International, 2018, 2nd edition.

KAMAL, Sugandha. *Mandatory Consumer Arbitration*, SSRN, 2012.

LAZAREV, Grigori and Jessica TREVELLICK. *Consumer class arbitration in the UK: where we are and what next.* Thomson Reuters, Arbitration Blog, 2017.

PENADES FONS, Manuel, *English Arbitration, Spanish Insolvency and David Guetta*, Kluwer Arbitration Blog, 2019.

PEREIRA CAMPOS, Santiago. *Aplicación del arbitraje a los conflictos individuales de trabajo.* R.U.D.P. n.° 4/1995; STIPANICIC, Emma and Gabriel VALENTÍN. «Proceso Laboral», 1999, Editorial Del Foro, 1995.

SACHS, Klaus. *International Arbitration and State Sovereignty-Protection of the Weak Party in Arbitration*. Revista Brasileira de Arbitragem, (Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB; Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB 2007, volume IV, issue 13), 2017.

SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A. *El acuerdo de arbitraje: validez formal y sustancial* (source that has not been published yet and provided by the author).

SILVER-GREENBERG, Jessica and Robert GEBELOFF. «Arbitration Everywhere, Stacking the Deck of Justice». *The New York Times*, 2015.

STEINGRUBER, Andrea Marco. *Consent in International Arbitration.* Oxford University Press. Kindle Edition, 2012.

SZALAI, Imre S. and others. *A new legal framework for employee and consumer arbitration agreements*. Legal Sudies Research Paper Series, 2018.

TORONJO PIVATEAU, Grifffin. *Mandating Individual Arbitration: The Legality of Class Action Waivers in Employment Arbitration Agreements*, Gonzaga Law Review 2016-2017, HeinOnline, 2017, 52, n.° 3.

ZIVKOVIC, Patricia. *The Effects of Bankruptcy on Arbitration: An Unresolved Issue of Characterization and Applicable Law,* Kluwer Arbitration Blog, 2015.

Regulations

Council Directive 93/13/EEC on Unfair Terms in Consumer Contracts.

Law n.° 18.572, modified by Law n.° 18.847 (Uruguayan Law of Abbreviation of Labour Processes).

Law n.° 15.982 (Uruguayan Procedural Code).

United States Arbitration Act.

Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards.

Uncitral Model Law

Case Law

Delfuego Booking (2019) n.° 266/2019.
Uber Technologies Inc v Heller (2020) n.° SCC 16.
Queimada, Esteban vs. UBER BV and others, 2020, n.° 89/2020.
Roo Leon, Roberto vs. Club Nacional de Fútbol, 2017, n.° 596/2017.
Discovery Bank vs. Christopher Boehr, Real Party in Interest, 2005, n.° S113725.
American Express Co vs. Italian Colors Restaurant, 2013, n.° 12-133.
Directv Inc v Imburgia et al, 2015, n.° 14-462.
European Court of Justice, n.° C-137/08 (09/11/2010).

¿AQUÍ NO, PERO ALLÁ SÍ? ANÁLISIS DEL CONTRADICTORIO EN EL TRÁMITE DE LAS MEDIDAS CAUTELARES SOLICITADAS JUDICIALMENTE ANTES DE LA CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Medaly Claudia Rojas Ventura *

Sumario: 1. A modo de introducción.— 2. La otra vía para resolver conflictos.— 3. El derecho de defensa, el contradictorio y las medidas cautelares.— 4. El derecho de defensa y el contradictorio en el proceso judicial y en el arbitraje.— 5. Trámite de las medidas cautelares prearbitraje.— 6. Ley especial *versus* ley general: principio de especificidad.— 7. Conclusión.— 8. Bibliografía.

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Si bien frente a determinadas materias el arbitraje y el proceso judicial son algunas de las alternativas con las que se cuenta para resolver las controversias sobre estas, no hay duda de que en los últimos años el número de arbitrajes ha ido incrementado a costa de los defectos del sistema judicial. La flexibilidad, la libertad y la celeridad que caracterizan al arbitraje se enfrentan al ritualismo, a la formalidad y a la lentitud que caracterizan, desde hace varios años, al proceso judicial.

* Abogada por la PUCP con estudios en la Maestría en Derecho Procesal de dicha casa de estudios. Segunda Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor por la PUCP. Secretaria Arbitral Líder en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP.

Pese a que dichos mecanismos cuentan con lógicas distintas y gozan de autonomía, ambos están obligados a respetar garantías mínimas de todo tipo de proceso y/o procedimiento. Por tanto, independientemente de la postura que se asuma sobre la naturaleza del arbitraje, se tiene que tanto en el arbitraje como en el proceso judicial se ventilan controversias cuya decisión final afectará la esfera jurídica de alguno de los sujetos que intervienen en ellos. En ese sentido, en un estado realmente constitucional, se tiene que si un tercero, sea un juez o un árbitro, será el que pondrá fin a la controversia, este debe hacerlo brindando la oportunidad suficiente a las partes para exponer su posición para así obtener un resultado conforme a derecho; y, sobre todo, justo.

Por otro lado, como consecuencia inevitable del tiempo que tomará tanto el arbitraje como el proceso judicial, se han previsto instituciones jurídicas, aplicables a ambos mecanismos, que buscan que el resultado final que se obtenga no sea un mero saludo a la bandera; encontrándose entre dichos mecanismos la tutela cautelar.

No obstante, se observa que en el Perú la regulación de las medidas cautelares prevista en la Ley de Arbitraje y en el Código Procesal Civil es distinta. Una de estas elementales diferencias se encuentra en la regulación del contradictorio previo a su concesión o rechazo. Así pues, mientras que en el primero de estos cuerpos normativos la regla general es escuchar a ambas partes antes de resolver cualquier pedido cautelar, en el segundo de ellos aquello está proscrito.

Ahora bien, al margen de la autonomía y particularidad de cada uno de estos mecanismos de solución de controversias y pese a que se haya establecido un convenio arbitral, las partes pueden recurrir al Poder Judicial para solicitar medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral. Como ya se ha indicado, el juez procede a concederlas o desestimarlas sin oír a la parte contraria conforme al Código Procesal Civil. Sin embargo, tratándose de una medida cautelar que buscará la

efectividad de un futuro laudo y no de una sentencia, es válido preguntarse si en estos casos es correcto que el juez aplique o no dicho cuerpo normativo; interrogante que pretende ser analizada de manera puntual en las siguientes páginas de este breve artículo.

2. LA OTRA VÍA PARA RESOLVER CONFLICTOS

Si bien el Poder Judicial es el órgano del Estado que se encarga de resolver las controversias de sus ciudadanos, existen otras vías a la cual las personas recurren a fin de obtener una solución definitiva a sus conflictos siendo una de ellas el arbitraje; vía que además se encuentra reconocida en el numeral 1 del artículo 139 de la Constitución.

Así pues, se puede definir al arbitraje como un medio alternativo de solución de conflictos en el que de forma voluntaria las partes se ponen en manos de un tercero, llamado árbitro, comprometiéndose a acatar la decisión que este emita.[1] Justamente, considerando al arbitraje como la vía privada a la cual legítimamente los ciudadanos pueden acudir, se ha dicho que este mecanismo es uno en el que las partes protagonistas de un conflicto, susceptible de transacción, renuncian voluntariamente a la justicia ordinaria y le dan facultades especiales a particulares provisionalmente investidos de la facultad de administrar justicia, a fin de que expidan una decisión denominada laudo arbitral.[2]

Ahora bien, más allá de las teorías sobre su naturaleza, lo cierto es que el Tribunal Constitucional, a la luz del artículo 139 de la Constitución, ha señalado que el arbitraje es jurisdicción. En línea con ello, ha precisado que no se trata de un mecanismo que desplace al Poder Judicial, sino que, por el contrario, lo complementa. Por tanto, se ha

---

1 GUZMÁN-BARRÓN, C. *Arbitraje comercial nacional e internacional*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2017, p. 29.

2 LEZCANO, M. *La justicia de todos. Mecanismos alternativos de solución de conflictos*. Medellín: Fondo Editorial Funlam, 2011, p. 349.

indicado que este mecanismo debe respetar la Constitución, así como las garantías que componen el debido proceso.[3]

A diferencia del juez natural, el árbitro en este caso es un tercero elegido por las partes en razón de su especialización y conocimiento, así como en virtud de su imparcialidad e independencia. En ese sentido, podría decirse que el arbitraje configura una relación jurídica triangular que tiene como vértice superior al árbitro quien es el sujeto ajeno a los intereses de las partes pero que es llamado por ellas para componer sus diferencias.[4]

Respecto a las garantías mínimas que todo arbitraje debe proteger, se tiene que las manifestaciones del contenido esencial del derecho a un debido proceso arbitral se pueden resumir en las siguientes: derecho de acceso a la jurisdicción arbitral, derecho a que la controversia sea conocida por un árbitro o tribunal arbitral imparcial, el derecho a la igualdad sustancial en el proceso, derecho de defensa, derecho a probar y derecho a la adecuada motivación de las resoluciones arbitrales.[5]

Es importante tomar en cuenta que el arbitraje puede ser de derecho, cuando los árbitros al resolver la controversia aplican las normas jurídicas sustanciales pertinentes conforme a la legislación nacional, y de conciencia, cuando la controversia se resuelve conforme al leal saber y entender de los árbitros. De otro lado, el arbitraje puede ser institucional, cuando las partes aceptan someterse a la administración y organización de un centro de arbitraje según las reglas previstas por aquel para el desarrollo de las actuaciones arbitrales; y puede ser *ad-hoc*,

---

3 Para una revisión de la sentencia completa del Tribunal Constitucional recaída en el expediente. n.° 6167-2005-PHC/TC ingresar al siguiente enlace: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.pdf>.

4 BRISEÑO, H. *Sobre arbitraje. Estudios*. México D.F.: Cárdenas Editor y Distribuidor, 1997, p. 45.

5 LANDA, C. «El arbitraje en la constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En *Thémis*, 2007, n.º 53, 29-42, pp. 40 y 41. El desarrollo de cada una de estas manifestaciones se puede encontrar en el artículo del profesor César Landa titulado «El arbitraje en la constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», referido en la bibliografía del presente artículo.

cuando son las partes quienes establecen de forma consensuada cuáles serán dichas reglas.

Como rasgos característicos del arbitraje, se podría decir que este es un mecanismo flexible, especializado y rápido.

Es flexible debido a que el principio de preclusión en el arbitraje no prima en este mecanismo de forma rígida. Respecto a la especialización, se tiene que los árbitros que son elegidos por las partes o por el órgano competente de la institución arbitral son generalmente personas altamente especializadas o con vasta experiencia en la materia con lo cual las partes poseen la confianza en la decisión que se emita.

Por último, la celeridad con la que se lleva el arbitraje se debe a que en este las formalidades son reducidas siendo que, por ejemplo, las decisiones pueden ser comunicadas a las partes a través de un simple correo electrónico a las direcciones que proporcionen las partes para estos efectos. Asimismo, suelen no aplicarse causales de inadmisibilidad o improcedencia, sino que son las partes quienes usualmente son las encargadas de hacer llegar los defectos u observaciones sobre los escritos de demanda, contestación, reconvención y su contestación, por ejemplo. Las audiencias duran lo que tengan que durar; es decir, pueden ser en una sola sesión o días consecutivos dándose a las partes plena libertad de exponer sus posiciones en igualdad de condiciones y no en recortados minutos.

3. EL DERECHO DE DEFENSA, EL CONTRADICTORIO Y LAS MEDIDAS CAUTELARES

Uno de los derechos que la Constitución protege (artículo 139 inciso 3) es el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva; el cual consiste básicamente en garantizar que todo ciudadano pueda tener acceso a los órganos jurisdiccionales y que, a través de un proceso en el que respeten un conjunto de garantías, se emita una resolución que se pronuncie sobre

el fondo de la controversia de forma motivada, definitiva capaz de producir efectos en la realidad.[6]

Ahora bien, uno de los derechos que componen el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho a la tutela cautelar derivado a su vez- y valga la redundancia-del derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional. De ello, se tiene entonces que el derecho a la tutela cautelar es el derecho de solicitar y obtener del órgano jurisdiccional – a través de una cognición sumaria- el dictado y ejecución oportuna de medidas adecuadas para garantizar la efectividad de la sentencia futura.[7] Por otro lado, otro derecho protegido por la Constitución es el derecho de defensa; el cual consiste en el derecho que tiene toda persona de:

i. ser informada en modo oportuno y suficiente de la existencia de un proceso en el que se discute acerca de sus intereses y que pudiera afectar a su esfera jurídica;

ii. a intervenir en estos procesos para iii) alegar y iv) probar sus afirmaciones;

iii. derecho poder contra argumentar cualquier pedido de la contraparte;

iv. derecho a que la resolución que la resuelva la controversia se pronuncie sobre las alegaciones y pruebas aportadas;

v. cuestionar la decisión si no se está acorde con ella.[8]

Debe tenerse presente que el derecho de defensa es distinto al principio del contradictorio. El primero de ellos puede ser visto como un

---

6 PRIORI, G. «El derecho fundamental a la tutela cautelar: Fundamentos, contenido y límites». *Ius et Veritas*, 2005, año 15, n.º 30: 171-200, p. 179.

7 PRIORI, G. *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental.* Lima: ARA. 2006, p. 142.

8 PRIORI, G.: «La oposición a las medidas cautelares en el Perú», en *Revista de derecho procesal*, 2011-2014-2: 519-553, p. 526.

derecho de las partes en el proceso; mientras que el segundo, como una regla de trabajo para el juez al momento de dilucidar una controversia.[9] Al respecto, podría decirse que el ejercicio del derecho de defensa es el medio que permite que el juez pueda lograr el contradictorio.

Existe cierta doctrina que otorga al contradictorio y al derecho de defensa un enfoque muy interesante. Dicho enfoque parte de considerar que siendo el Estado – a través del Poder Judicial- el titular de la potestad jurisdiccional de forma exclusiva, es legítimo que se le exija a este que para resolver un conflicto permita la participación de los sujetos intervinientes en él. Ello debido a que justamente serán estos sujetos quienes sufrirán las consecuencias del pronunciamiento que se emita.

En esa lógica, se dice que una debida participación de todos los sujetos que intervienen en el conflicto evita que las decisiones sean arbitrarias pues dicha participación permite que la sociedad pueda influenciar los actos decisorios estatales con la discusión argumentativa. Sumado a ello, dicho enfoque plantea también que el derecho de defensa deriva del principio de la dignidad humana; y, por tanto, permite que el hombre no sea considerado como un mero objeto del proceso al escuchársele en él. Así pues, se postula que el principio del contradictorio significa audiencia bilateral y que además debe ser visto como un derecho que permite ejercer el derecho de influencia de las partes y democratizar al proceso.[10] Así también, se ha indicado que el proceso cautelar no puede ser uno de reserva, sino que debe regirse por el principio de publicidad, de transparencia propio de un sistema democrático.[11]

---

9 ARIANO, E. «¿Un cautelar "renovado" ?: entre los ajustes y los temas pendientes». *Limine litis. Estudios críticos de derecho procesal civil*. Lima: Instituto Pacífico: 723-741. Para la profesora Eugenia Ariano el contradictorio es el proceso y este es equivalente a la transparencia del ejercicio del poder jurisdiccional siendo que el omitirlo o postergarlo resulta injustificado (Ariano, 2009: 237).

10 DO PASSO, A. «El principio del contradictorio como derecho de influencia y deber de debate». *Revista Peruana de Derecho Procesal*, 2010, n.° 16: 261-278.

11 ALFARO, L. «Deconstrucción y reconstrucción del contradictorio en el modelo peruano de tutela cautelar. Bosquejo para una teoría cautelar equilibrada». *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2013, 83-127, p. 97.

4. EL DERECHO DE DEFENSA Y EL CONTRADICTORIO EN EL PROCESO JUDICIAL Y EN EL ARBITRAJE

Recapitulando lo anterior, se tiene que las medidas cautelares buscan evitar la frustración de la decisión final que se tome ya sea en el proceso judicial o en el arbitraje a consecuencia de la duración que necesariamente deben tomar los mismos y del inminente riesgo de que la parte contraria realice actos en dicho periodo que hagan inútil la ejecución de la sentencia o laudo arbitral. Por su parte, el derecho de defensa implica la oportunidad de las partes para manifestar su posición y ofrecer los medios probatorios que considere pertinentes. En esta línea de ideas, es válido preguntarse si, previo a resolver el pedido cautelar, debe ponerse en conocimiento o no esta solicitud cautelar al posible afectado con ella para que se pronuncie teniendo en cuenta que ello podría acarrear que el probable afectado realice actos avocados a impedir el resultado final.

No se debe perder de vista que, si bien la tutela cautelar busca la efectividad de la tutela de fondo, no deja de ser una tutela que implica análisis por parte del juez o árbitro de los hechos que el solicitante de una medida cautelar le exponga para que luego decida si es necesario o no emitir ciertas medidas que restrinjan de alguna u otra manera la esfera jurídica del posible afectado con ellas.

Ante dicha situación, el legislador peruano ha optado por la solución más simple y a la vez la más restrictiva: no permitir oír a la potencial parte afectada con la solicitud cautelar en ningún caso y bajo ningún supuesto:

> **Código Procesal Civil (Decreto Legislativo n.° 768)**
>
> Artículo 637.- «Trámite de la medida
>
> La solicitud cautelar es concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada en atención a los fundamentos y prueba de la solicitud. Procede apelación contra el auto que deniega la medida cautelar. En este

> caso, el demandado no es notificado y el superior absuelve el grado sin admitirle intervención alguna. En caso de medidas cautelares fuera de proceso, el juez debe apreciar de oficio su incompetencia territorial.
>
> Una vez dictada la medida cautelar, la parte afectada puede formular oposición dentro de un plazo de cinco (5) días, contado desde que toma conocimiento de la resolución cautelar, a fin de que pueda formular la defensa pertinente. La formulación de la oposición no suspende la ejecución de la medida.
>
> De ampararse la oposición, el juez deja sin efecto la medida cautelar. La resolución que resuelve la oposición es apelable sin efecto suspensivo».

Por su parte, la regla es totalmente distinta en el arbitraje pues allí la regla general es correr traslado a la parte contraria para así conocer su posición:

> **Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo n.° 1071)**
>
> Artículo 47.- «Medidas cautelares
>
> […]
>
> 3. El tribunal arbitral, antes de resolver, pondrá en conocimiento la solicitud a la otra parte. Sin embargo, podrá dictar una medida cautelar sin necesidad de poner en conocimiento a la otra parte, cuando la parte solicitante justifique la necesidad de no hacerlo para garantizar que la eficacia de la medida no se frustre. Ejecutada la medida podrá formularse reconsideración contra la decisión. […]».

5. TRÁMITE DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PREARBITRAJE

Es importante tener en cuenta que el arbitraje y el proceso judicial no siempre se encuentran aislados pues existen escenarios en los cuales estos dos mecanismos de solución de controversias tienen una relación de colaboración como el otorgamiento de medidas cautelares antes del inicio del arbitraje, la ejecución de estas, así como la ejecución de laudo

arbitral. Así pues, la colaboración en el ámbito cautelar resulta necesaria debido al peligro o amenaza de los intereses de las partes por la eventual demora en la constitución del Tribunal Arbitral llamado a resolver sus controversias.

De este modo, se tiene que la Ley de Arbitraje ha contemplado este escenario colaborativo de la siguiente manera:

> Artículo 47.- «Medidas cautelares
>
> […]
>
> 4. Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. Ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez (10) días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Si no lo hace dentro de este plazo o habiendo cumplido con hacerlo, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa (90) días de dictada la medida, esta caduca de pleno derecho».

Como ya se ha indicado anteriormente, los jueces al conocer y resolver pedidos cautelares aplican la regla *inaudita altera pars* lo que implica el concederla o denegarla sin traslado previo.

No obstante, es menester tener presente que, conforme al artículo 138 de la Constitución, la potestad de los órganos jurisdiccionales se somete a la Constitución y a las leyes. Teniendo en cuenta esta premisa, es válido analizar cuál es la normativa que debe aplicarse en la sede judicial a efecto de resolverse el pedido cautelar fuera del arbitraje.

En la práctica, se tiene que los jueces aplican la regla contenida el artículo 637 del Código Procesal Civil de manera «supletoria» al trámite de las medidas cautelares que se le solicitan antes de la constitución del tribunal arbitral. Ante este panorama, la pregunta que corresponde efectuarse es por qué aplican dicho artículo de forma supletoria y por qué

no pueden aplicar la regla prevista para las medidas cautelares en el arbitraje siendo esta el correr traslado obligatorio a la parte contraria salvo que la parte solicite el no hacerlo justificando su pedido.

En este punto debemos tener presente que la participación de los jueces aquí consiste básicamente a una intervención subsidiaria que es aquella que se presenta en los casos en donde existe imposibilidad material o jurídica para que los árbitros decidan o ejecuten determinados actos vinculados al proceso bajo su conducción siendo necesario suplir este vacío a través del auxilio judicial.[12] Justamente, atendiendo a que se trata de una intervención subsidiaria, no se debe perder de vista que las partes pactaron que sus controversias no serían resueltas por la vía judicial; por lo que de forma libre y voluntaria renunciaron a la vía originariamente prevista por el Estado para este propósito, y decidieron someterse a la decisión de los árbitros.[13] Aunado a ello, debe considerarse que las partes al evaluar el someter a arbitraje sus controversias toman en cuenta diversos factores pudiéndose encontrar dentro de ellos el hecho de tener reglas mucho más favorables a sus intereses como lo es sin duda la regla que permite el que se escuche a la parte afectada con un pedido cautelar como regla general.

Es necesario entonces tener en cuenta que el carácter esencialmente privado del arbitraje tiene como contrapartida el que la función principal del Poder Judicial (en los casos en los que deba intervenir o colaborar en el arbitraje) sea el velar porque se cumpla aquello que las partes de manera previa y voluntaria acordaron.[14]

A pesar de que pueda decirse que el derecho a la defensa del afectado con la eventual medida cautelar no es anulado sino únicamente desplazado hacia un momento posterior a su concesión y ejecución, resulta

12 ARRARTE, A. «Apuntes sobre la necesaria relación entre el arbitraje y el proceso judicial» *Derecho y Sociedad*, 2005, n.º 24, año XVI: 358-368, p. 360.
13 *Idem*, p. 362.
14 *Idem*, p. 359.

importante razonar si ese «desplazamiento» es tal o si en realidad constituye un pretexto o disfraz para lo que usualmente se teme: que la contraparte del solicitante cautelar pueda frustrar la medida. Desde un análisis constitucional, esta idea debe ser confinada de nuestro ordenamiento pues omite totalmente la intervención del sujeto afectado con esta.

6. LEY ESPECIAL VERSUS LEY GENERAL: PRINCIPIO DE ESPECIFICIDAD

A efectos de intentar dar una respuesta a la pregunta planteada debe tenerse en cuenta que el principio de especificidad postula que la ley especial prima sobre la ley general. Cabe señalar que las leyes especiales hacen referencia específica a lo particular, singular o privativo de una materia y su denominación se ampara en lo sui géneris de su contenido y en su apartamiento de las reglas genéricas. Estas normas especiales surgen por la necesidad de establecer regulaciones jurídicas esencialmente distintas a aquellas que contemplan las relaciones o situaciones indiferenciadas, comunes o genéricas. Una consecuencia que se deriva de la regla anteriormente anotada es que la ley especial prima sobre la de carácter general.[15]

Así, puede decirse que dicho principio se encuentra recogido en décima disposición complementaria de la Ley de Arbitraje; la cual señala lo siguiente:

> **Décima. prevalencia**
>
> Las disposiciones procesales de esta norma respecto de cualquier actuación judicial prevalecen sobre las normas del Código Procesal Civil.

[15] Lo dicho en este punto ha sido recogido en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente n.° 018-2003-AI/TC.

Desde las líneas antes escritas, debe considerarse que, tratándose de un pedido de tutela cautelar que configura colaboración judicial con el arbitraje, resulta de aplicación dicha Ley de Arbitraje de conformidad con su décima disposición complementaria, según la cual sus normas prevalecen sobre las del Código Procesal Civil.

En ese sentido, no existiría problema o afectación alguna si los jueces, en el marco de una tutela cautelar fuera del arbitraje, aplican el artículo 47 de la ley de arbitraje que prevé como regla el correr traslado previo a conceder o rechazar una medida cautelar puesto que lo único que estarían realizando es aplicar la norma especial; es decir, la norma propia del mecanismo de solución de controversias al cual las partes decidieron someterse. La norma procesal civil ofrece soluciones para un proceso judicial mas no para un arbitraje, el cual posee reglas de juego distintas. Además, no debe perderse de vista que el hecho que la norma procesal civil pueda regular de manera deficiente determinada institución no significa que ello no pueda ser cuestionado más aún cuando en la doctrina, en la jurisprudencia o en la misma legislación procesal comparada pueden encontrarse soluciones que son más adecuadas para el supuesto en concreto; por lo que la aplicación supletoria de dichas normas en un arbitraje puede condenar a una solución rígida e ineficiente.[16]

Si bien podría decirse que la aplicación de las normas propias del Código Procesal Civil es válida en los procesos judiciales en donde se ventila un pedido cautelar antes de la constitución del tribunal arbitral, ello no significa que esté prohibido que el juez a cargo del proceso cautelar pueda aplicar la norma prevista en la ley de arbitraje, la cual prevé que se corra traslado de la medida cautelar a la parte contraria como regla general.

El derecho a la defensa, como derecho base para legitimar toda decisión que se emita a través de un mecanismo heterocompositivo, debe

16 RUBIO, R. «Ruido en la calle principal: Las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones». *Thémis*, 2007, n.º 53, 7-28, p. 12.

prevalecer siempre como regla mas no como excepción. En tal sentido, lo que se busca responder o al menos suscitar en este breve artículo, es empezar a cuestionar la forma en que las cautelares son atendidas en un proceso judicial, y, específicamente, la forma en cómo estas son atendidas al ser planteadas antes de que se inicie arbitraje y/o que el tribunal arbitral competente quede constituido.

Aunado de ello, no debe perderse de vista que en el trámite y forma ejecución del laudo arbitral, el juez debe seguir las reglas establecidas en el artículo 68 de la Ley de Arbitraje. Con ello, se podría en todo caso proponer que el artículo 47, numeral 4 de la Ley de Arbitraje pueda ser modificado previendo de alguna manera y de forma expresa que los jueces que atiendan pedidos cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral deban aplicar la regla establecida para su trámite previsto en el numeral 3 de dicho artículo. Con dicho cambio normativo podría lograrse que toda medida cautelar concedida judicialmente y que sea posteriormente remitida a los árbitros, haya cumplido con garantizar el derecho fundamental a la defensa como parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

De hecho, no puede dejar de mencionarse que el actual proyecto del nuevo Código Procesal Civil[17] se ha propuesto el siguiente cambio normativo que va en la línea de lo analizado en el presente artículo:

> Artículo 591.- «Contradictorio
>
> El juez debe resolver la solicitud de medidas provisionales previo traslado al afectado, por un plazo de seis (6) días, a fin de exprese lo conveniente a su derecho. Con su absolución o sin ella, el juez resuelve la solicitud.

[17] Se puede acceder a este documento en el siguiente enlace: <https://www.gob.pe/institucion/minjus/informes-publicaciones/1942518-proyecto-del-nuevo-codigo-procesal-civil>.

> No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el juez puede tramitar la solicitud sin conocimiento del afectado si el solicitante así lo pidiera y justifique dicho pedido acreditando que concurren razones de urgencia o que el contradictorio previo puede comprometer la eficacia de la medida provisional. En este caso, la resolución mediante la que conceda o rechace la medida provisional debe expresar las razones por las cuales decidió no oír previamente al afectado».

Este cambio normativo refleja el reconocimiento e importancia del contradictorio en el trámite de toda medida cautelar; por lo que de aprobarse este nuevo texto se conseguiría reivindicar el derecho a la defensa como regla general antes de resolver un pedido cautelar; lográndose así una armonía con lo que ocurre ya en el campo arbitral y que a su vez resulta ser la regla más adecuada en un estado constitucional.

7. CONCLUSIÓN

Definitivamente, la opción legislativa prevista en el Código Procesal Civil respecto al trámite de las medidas cautelares es a todas luces inconstitucional pues una regla como la establecida anula toda probabilidad de que el juez pueda escuchar el otro lado de la historia de un conflicto restringiendo así el derecho de defensa y el principio del contradictorio de manera grotesca. En ese sentido, ello resulta válido siempre que las circunstancias lo ameriten; circunstancias que serán evaluadas por el juez en el caso concreto. En línea con ello, no cabe duda que la Ley de Arbitraje ha regulado el trámite de las medidas cautelares con —valga la redundancia— mayor cautela. Como se ha visto, no puede concebirse que la regla de uno u otro mecanismo responda a una mera técnica legislativa o a una característica propia de cada alternativa de solución de controversias, ya que detrás de ello existen principios o derechos que hacen que una de estas reglas sea la más idónea.

Por otra parte, siempre se discute y se dice que las normas del Código Procesal Civil no pueden ni deben aplicarse en el arbitraje a fin de mantener su autonomía, pero casi nunca se ha cuestionado si las normas

de la ley de arbitraje deben aplicarse a los procesos judiciales en donde se evalúen pedidos cautelares de partes que han suscrito un convenio arbitral. Al respecto y teniendo en cuenta las ideas antes esbozadas, se podría concluir que es totalmente posible si se toma en cuenta que las normas previstas en la Ley de Arbitraje responden al mecanismo elegido por las partes; y, sobre todo, si se considera —como hasta hoy en día— al arbitraje como un mecanismo autónomo de resolución de controversias.

8. BIBLIOGRAFÍA

ALFARO, L. «Deconstrucción y reconstrucción del contradictorio en el modelo peruano de tutela cautelar. Bosquejo para una teoría cautelar equilibrada». *Las medidas cautelares en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2013, pp. 83-127.

ARIANO, E. «¿Un cautelar "renovado" ?: entre los ajustes y los temas pendientes». En *Limine Litis. Estudios críticos de derecho procesal civil*. Lima: Instituto Pacífico: 2009, pp. 723-741

ARRARTE, A. «Apuntes sobre la necesaria relación entre el arbitraje y el proceso judicial». *Derecho y Sociedad*, 2005, n.º 24, año XVI: pp. 358-368.

BRISEÑO, H. *Sobre arbitraje. Estudios*. México D. F.: Cárdenas Editor y Distribuidor, 1997.

DO PASSO, A. «El principio del contradictorio como derecho de influencia y deber de debate». En *Revista Peruana de Derecho Procesal*, 2010, n.° 16, pp. 261-278.

GUZMÁN-BARRÓN, C. *Arbitraje comercial nacional e internacional*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2017.

LANDA, C. «El arbitraje en la constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En *Thēmis*, 2007, n.º 53, pp. 29-42.

LEZCANO, M. *La justicia de todos. Mecanismos alternativos de solución de conflictos*. Medellín: Fondo Editorial Funlam, 2011.

PRIORI, G. «El derecho fundamental a la tutela cautelar: Fundamentos, contenido y límites». En *Ius et Veritas*, 2005, año 15, n.º 30, pp. 171-200.

PRIORI, G. *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*. Lima: ARA, 2006.

PRIORI, G. «La oposición a las medidas cautelares en el Perú». En *Revista de Derecho Procesal*, 2011-2014-2, pp. 519-553.

RUBIO, R. «Ruido en la calle principal: Las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones» En *Thēmis*, 2007, n.º 53, pp. 7-28.

NOVEDADES EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL: ENMIENDAS A LAS NORMAS CIADI Y LAS NUEVAS DIRECTRICES SOBRE ESTÁNDARES DE LA PRÁCTICA EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Mélida N. Hodgson *

Sumario: 1. Introducción.— 2. Enmiendas a las Normas Ciadi.— 2.1. Enmiendas al Reglamento Administrativo y Financiero.— 2.2. Enmiendas a las Reglas de Iniciación.— 2.3. Enmiendas a las Reglas de Arbitraje.— 2.3.1. Cálculo de los plazos.— 2.3.2. Notificación de financiamiento por terceros.— 2.3.3. Recusación de árbitros.— 2.3.4. Manifiesta falta de mérito jurídico.— 2.3.5. Excepciones preliminares y bifurcación de excepciones preliminares.— 2.3.6. Costos.— 2.3.7. Nuevo proceso expedito.— 3. Las nuevas directrices ICCA sobre estándares de la práctica en arbitraje internacional.— 3.1. Directrices aplicables a todos los participantes en un arbitraje internacional.— 3.2. Directrices aplicables a los abogados de las partes.— 3.3. Directrices para los árbitros.— 3.4. Directrices para los demás participantes.— 4. Conclusiones.

* Socia en el departamento de arbitraje internacional de Jenner & Block LLP y presidenta de la práctica de arbitraje internacional de la oficina de New York de dicha firma, donde se especializa en arbitraje de inversión y comercial. Dentro de su experiencia se destaca haber liderado la defensa de Estados —especialmente latinoamericanos— en casos emblemáticos de arbitraje de inversión. Este capítulo no hubiera sido posible sin la colaboración de Sebastián Canon Urrutia, asociado de Jenner & Block LLP.

1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje internacional, como disciplina del derecho relativamente nueva, se encuentra en constante cambio y evolución. Actualmente diversos procesos que buscan codificar buenas prácticas, crear nuevas normas o modificar las ya existentes se están llevando adelante y tendrán un impacto en el futuro inmediato tanto en el arbitraje de inversión como en el arbitraje comercial.[1] El presente capítulo se concentra en dos de dichos procesos: a) el proceso de enmiendas de las normas que rigen a los arbitrajes bajo el Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi), y b) las nuevas directrices del Consejo Internacional de Arbitraje Comercial (ICCA) sobre estándares de la práctica en arbitraje internacional.

Estos procesos respondan a dos tendencias en el arbitraje internacional en los últimos años, la insistencia en la reforma del procedimiento del arbitraje de inversión y una preocupación con la conducta de los participantes en el arbitraje internacional, una práctica ya suficientemente madura para denominarse una profesión.

El presente capítulo analizará en primer lugar el «documento de trabajo número 6» (DT6) del Ciadi, el cual fuera publicado el 12 de noviembre de 2021.[2] El DT6 contiene las modificaciones que se proponen

---

1 Entre dichos procesos destacamos, además de los dos mencionados en el presente capítulo, al recién introducido "proyecto de código de conducta para adjudicadores en el sistema de arreglo de diferencias entre inversionistas y Estados", el cual es desarrollado en forma conjunta entre el Ciadi y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi). El 22 de septiembre del año 2021 se publicó la tercera versión del proyecto y en paralelo se trabaja en un proyecto de comentarios que acompañará al código. Dichos documentos, si bien no son tratados en el presente capítulo, tendrán un impacto notorio en el arbitraje internacional, disponible en <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/Code_of_Conduct_Version_Three_Spanish.pdf>. Dicho proyecto de código busca establecer principios y normas relativas a la independencia e imparcialidad de los adjudicadores y al deber de estos de actuar con integridad, justicia, eficiencia y cortesía.

2 El DT6 publicado por el Ciadi el día 12 de noviembre de 2021 puede ser consultado en el siguiente *link*: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/amended_rules_es.pdf>.

realizar a los procesos regulados por el Convenio Ciadi y por el Reglamento del Mecanismo Complementario Ciadi. El DT6 es el documento final y el que se pondrá a consideración de los Estados miembro del CIADI a principios del año 2022. En el presente capítulo se explicará brevemente el proceso de enmiendas a las normas Ciadi, así como las modificaciones más relevantes que se pretenden realizar a los arbitrajes regidos por el Convenio Ciadi. No será objeto del presente capítulo las modificaciones que se busca realizar a los procesos de conciliación bajo el Convenio Ciadi ni a los procesos regulados por el Reglamento del Mecanismo Complementario Ciadi.

En segundo lugar, el presente capitulo analizará las «directrices ICCA sobre estándares de la práctica en arbitraje internacional» (Directrices ICCA), documento que fuera publicado el 3 de junio de 2021.[3] Las Directrices ICCA establecen estándares mínimos de ética profesional aplicables a todos los participantes en un arbitraje internacional, tanto comercial como de inversión. Dichas directrices son un intento de uniformizar normas éticas en un sistema en el cual, por definición, confluyen participantes provenientes de diversos países, culturas y contextos que no siempre comparten los mismos estándares de ética profesional.

2. ENMIENDAS A LAS NORMAS CIADI[4]

Los arbitrajes bajo el Convenio del Ciadi (Convenio Ciadi), además de regirse por el propio convenio, se rigen por (i) el Reglamento Administrativo y Financiero; (ii) las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje (Reglas de Iniciación);

---

3 Las Directrices ICCA publicadas el día 3 de junio de 2021 pueden ser consultadas en inglés en el siguiente *link*:
<https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/ICCA_Guidelines_on_Standards_of_Practice_in_International_Arbitration.pdf>.

4 En el presente capítulo le llamaremos "Normas Ciadi" al conjunto de normas compuesto por: (i) el Reglamento Administrativo y Financiero; (ii) las Reglas de Iniciación, y (iii) las Reglas de Arbitraje.

y (iii) las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (Reglas de Arbitraje). Dichas normas son adoptadas por el Consejo Administrativo del Ciadi —órgano compuesto por un representante de cada Estado miembro— y pueden ser modificadas por mayoría de dos tercios de sus miembros.[5]

Desde el año 1967, año de la adopción del Convenio Ciadi, las Normas Ciadi han sido modificadas en tres oportunidades.[6] En octubre del año 2018, el Ciadi comenzó el cuarto proceso de enmiendas con la finalidad de modernizar y simplificar sus normas e incorporar prácticas seguidas por los tribunales y la comunidad arbitral.[7] El proceso de enmiendas supone la consulta, tanto a los Estados miembro como al público en general, y la preparación de "documentos de trabajo" por parte del Ciadi en donde se asientan los cambios propuestos, razones de las propuestas y los comentarios recibidos. En noviembre del año 2021, el Ciadi publicó el sexto documento de trabajo, el cual pretende ser la propuesta final y la que se pretende poner a consideración de los Estados a principios del año 2022.

2.1. Enmiendas al Reglamento Administrativo y Financiero

El Reglamento Administrativo y Financiero regula aspectos relacionados con el funcionamiento interno del Ciadi. En principio, no existen allí cambios de relevancia en lo que respecta a los procesos de arbitraje en sí, sin embargo, existe una enmienda propuesta que eventualmente puede ser de importancia para futuros inversores, así como para los Estados contratantes.

---

5 Convenio Ciadi, Artículos 4 y 6. El Convenio Ciadi, a diferencias de las Normas Ciadi, requiere unanimidad para ser modificado (Convenio Ciadi, Artículo 66).

6 Las primeras Normas Ciadi fueron adoptadas en el año 1968. Las mismas fueron modificadas en los años 1984, 2003 y 2006, respectivamente.

7 El proceso de enmiendas abarca también al Reglamento del Mecanismo Complementario y a los procesos de conciliación bajo el Convenio Ciadi. Las enmiendas propuestas a dichas normas no serán analizadas en el presente capítulo. El presente capítulo únicamente se focalizará en los cambios que afectan a los arbitrajes bajo el Convenio Ciadi.

Hoy en día, cuando un inversor desea iniciar un arbitraje en contra de un Estado, se encuentra frente a la dificultad de obtener los datos de la entidad u oficina estatal a la cuál debe serle notificada la solicitud de arbitraje. Esto puede ser particularmente problemático cuando el Estado demandado es un Estado que no suele tener arbitrajes de inversión en su contra ya que no existen antecedentes que permitan conocer la oficina que llevará adelante o coordinará la defensa del Estado. Dicha dificultad luego se traslada al CIADI quien es el encargado de notificar la solicitud de arbitraje. Este obstáculo en ocasiones lleva a que solicitudes de arbitraje sean notificadas en oficinas de los Estados que no tienen por función la defensa del Estado en arbitrajes internacionales, lo que puede representar una dificultad y demora para dicho Estado.[8] Para evitar estas complicaciones, la Regla n.° 23 del Reglamento Administrativo y Financiero del DT6 contiene un literal el cual establece que el Secretario General mantendrá y publicará una lista de los Estados Contratantes debiendo indicar «el nombre, dirección postal e información de contacto de la autoridad de cada Estado a la cual deba notificarse todo documento, de acuerdo con lo informado por el Estado».[9] De adoptarse tal enmienda, sin dudas se simplificará y agilizará la comunicación con los Estados, quienes a su vez tendrán la certeza que las comunicaciones relativas a arbitrajes internacionales serán notificadas a las oficinas encargadas de disputas internacionales.[10]

2.2. Enmiendas a las Reglas de Iniciación

Las Reglas de Iniciación establecen los requisitos e información que debe contener la solicitud de arbitraje para que esta sea registrada por el CIADI. Las enmiendas propuestas a las Reglas de Iniciación han sufrido

---

8 Desde el momento en que se notifica el registro de la solicitud de arbitraje, comienza a correr un plazo para la constitución del tribunal (Convenio Ciadi, artículo 38). Por ende, que la notificación sea realizada a la oficina o departamento encargada de la defensa del Estado en arbitrajes internacionales es de superlativa importancia para que la defensa de los Estados no se vea afectada.

9 Regla 23(h) del Reglamento Administrativo y Financiero del Ciadi del DT6.

10 Ver asimismo: Regla de Iniciación n.° 7 del DT6.

cambios desde el primer documento de trabajo y dichos cambios se explican por el interés de los Estados en que los demandantes provean de información relevante sobre la inversión y su estructura societaria (en caso de personas jurídicas) al momento de presentar la solicitud de arbitraje.

En tal sentido, la Regla de Iniciación n.° 2 del DT6 establece que la demandante en su solicitud de arbitraje debe incluir «una descripción de la inversión, así como de la propiedad y control de la misma, un resumen de los hechos pertinentes y de las reclamaciones, los petitorios, incluyendo un estimado del monto de la compensación pretendida […]».[11] La propiedad y control de la inversión puede tener incidencia sobre la jurisdicción *ratione materiae* del tribunal, por lo que contar con dicha información es relevante para que los Estados preparen sus defensas. Es de destacar que la norma propuesta únicamente exige una «descripción» de la inversión y no «evidencia» de la misma, lo cual fuera propuesto por ciertos Estados.[12]

Respecto a los otros elementos de la enmienda propuesta, generalmente las solicitudes de arbitraje incluyen un petitorio, sin embargo, no siempre incluyen un estimado de los daños. La enmienda propuesta no exige a los demandantes presentar prueba de los daños estimados, por lo que bastaría con una simple mención de un monto sin documentos que acrediten la valuación.

Asimismo, la Regla de Iniciación n.° 3 del DT6 «recomienda» a las demandantes presentar con la solicitud de arbitraje información sobre "las personas y entidades que poseen o controlan a la parte solicitante que es una persona jurídica". Dicha información —que no es obligatorio proporcionar— resultaría relevante a los efectos de la jurisdicción *ratione personae* del tribunal, así como para evitar situaciones de doble compen-

11 Regla de Iniciación n.° 2 del DT6.

12 Ciadi, Compendio de Comentarios al Documento de Trabajo n.° 4, p. 10.

sación. Por otra parte, de cumplir la demandante con dicha «recomendación», desde el inicio del arbitraje se le estaría proporcionando a la contraparte y futuros árbitros con información relevante para investigar y descubrir posibles conflictos de interés y así evitar futuras recusaciones o renuncias. Respecto a dicho artículo, algunos Estados manifestaron la necesidad de que la información sea proporcionada obligatoriamente por las demandantes,[13] sin embargo la enmienda propuesta deja librado esto a la voluntad de las demandantes.

Asimismo, la Regla de Iniciación n.° 3 del DT6 también «recomienda» que la demandante incluya en su solicitud de arbitraje la propuesta o acuerdo de utilizar el arbitraje expedito regulado por las Reglas de Arbitraje del DT6. Dicha figura, como veremos a continuación, es una novedad del proceso de enmiendas que intenta emular lo ya regulado por otras normas de arbitraje.[14] Finalmente, la Regla de Iniciación n.° 4 del DT6 establece que la solicitud de arbitraje debe ser presentada por medios electrónicos únicamente y establece que el secretario general podría requerir que la misma sea presentada en un formato alternativo, de ser necesario. Asimismo, dicha norma establece la obligatoriedad de presentar traducciones de documentos que no se encuentren redactados en alguno de los idiomas oficiales del Ciadi (francés, español e inglés), así como la posibilidad de presentar extractos de los documentos de respaldo siempre que este no altere el sentido de todo el documento.

2.3. Enmiendas a las Reglas de Arbitraje

Las Reglas de Arbitraje, como su nombre lo indica, regulan los aspectos procesales del arbitraje. Los cambios propuestos a las Reglas de Arbitraje

13 Ciadi, Compendio de Comentarios al Documento de Trabajo n.° 4, p. 10.

14 Ver, por ejemplo: Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (2021), artículo 30 y Apéndice VI; Reglamento de Arbitraje Expedito de la Cámara de Comercio de Estocolmo; Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur, artículo 5; Procedimientos Expeditos Internacionales del Centro Internacional de Resolución de Disputas.

son varios por lo que aquí nos focalizaremos en los cambios más relevantes. En tal sentido, analizaremos las enmiendas propuestas relativas a: i) el cómputo de plazos; ii) el financiamiento de terceras partes; iii) el proceso de recusación de árbitros; iv) la excepción preliminar de manifiesta falta de mérito jurídico; v) las excepciones preliminares a la jurisdicción y su bifurcación; vi) los costos; y vii) el nuevo proceso expedito.

2.3.1. Cálculo de los plazos

Determinar cómo deben calcularse los plazos resulta una cuestión fundamental sobre la que las enmiendas intentan dar claridad a las partes, a los árbitros y al propio Ciadi. Sin perjuicio de ello, la redacción de la Regla de Arbitraje n.° 9 del DT6 no es perfecta y la falta de claridad eventualmente puede generar conflictos entre las partes.

Respecto al comienzo de los plazos, la regla propuesta establece que los plazos comienzan a contarse a partir del día siguiente a la fecha en la que el tribunal o el secretario general anuncien un período o se realice una actuación procesal que da inicio al período, considerando siempre la hora de Washington, DC.[15] En tal sentido, es de destacar que el comienzo del plazo —en el primer caso— es cuando el tribunal o el secretario general «anuncien» un período. Dicha redacción podría generar dudas si el «anuncio» se da cuando se les notifica a las partes la orden procesal correspondiente (si es que el plazo se encuentra contenido en una orden procesal) o si debe tomarse en cuenta la fecha de la orden procesal, la cual no siempre corresponde a la fecha de notificación. Si bien el sentido común nos lleva a pensar que el plazo debe contarse a partir de la notificación a las partes, el vocablo «anuncio» podría genera dudas.

Asimismo, el numeral 3) de la Regla de Arbitraje n.° 9 del DT6, en lugar de establecer cuando un plazo vence o finaliza, establece cuando un plazo se tiene por «cumplido». En tal sentido, un plazo se tendrá por

15 Regla de Arbitraje n.° 9 del DT6.

cumplido si la actuación procesal se realiza en la fecha pertinente, o en el día hábil siguiente si el plazo vence un sábado o domingo. En otras palabras, la norma propuesta indirectamente establece que los plazos vencen en el último día del periodo fijado, excepto cuando dicho día es un sábado o domingo, en tal caso el plazo se prorrogará hasta el día hábil inmediato siguiente.

A pesar del loable objetivo de regular como deben computarse los plazos, la norma propuesta no establece una definición de «día hábil» o «día inhábil», por lo que podría plantarse la duda sobre si deben considerarse los días hábiles e inhábiles del lugar del procedimiento (Washington, DC),[16] o del lugar donde se encuentran las partes o sus abogados, o si deben contarse los días en que las oficinas del Ciadi permanecen cerradas. A modo de ejemplo, si el plazo debía cumplirse un sábado, y el lunes siguiente es feriado en Estados Unidos, ¿el acto debe cumplirse ese lunes o el martes siguiente? La norma no aporta claridad sobre el punto, por lo que las partes deberían aportar esa claridad en la orden procesal n.° 1.[17]

2.3.2. Notificación de financiamiento por terceros

El tema de la financiación de terceros a inversionistas en arbitraje internacional ha sido y es objeto de debate. Por un lado, se encuentran quienes pretenden prohibir dicha práctica del arbitraje internacional y, por

16 Convenio Ciadi, artículos 2 y 62.

17 Es de destacar que las versiones anteriores de dicha norma establecían que el plazo podría ser cumplido en el día hábil siguiente si el último día del plazo era un sábado, domingo «o un feriado observado por el Secretariado». Los feriados normalmente observados por el Secretariado son los feriados federales de Estados Unidos, por lo que dicha regulación implícitamente establecía que la inhabilidad de un día estaba determinada por el lugar del procedimiento (Washington, DC). Ahora, la norma propuesta quita ese elemento lo que supone que los Estados parte desean mantener flexibilidad sobre el tema.

otro, quienes pretenden que la misma sea admitida sin restricción o regulación alguna.[18] La Regla de Arbitraje n.° 14 del DT6 intenta dar una respuesta a este debate y obliga —sin sanción a texto expreso— a las partes a notificar la existencia de un tercero financiador y, de ser el tercero financiador una persona jurídica, se debe incluir en la notificación el nombre de las personas y entidades que «poseen y controlan» al tercero financiador persona jurídica.

En tal sentido, la norma propuesta establece que «una parte» deberá revelar el nombre y dirección de cualquier tercero de quien la parte, directa o indirectamente, haya recibido fondos para la interposición de, o defensa en un procedimiento a través de una donación o una subvención, o a cambio de una remuneración dependiente del resultado del procedimiento. Dicha norma —por referirse indistintamente a «partes»— aplica no solamente al inversor sino también al Estado demandado. Aunque no ocurre con la misma frecuencia, Estados también han sido financiados por terceros.

La notificación debe ser por escrito al secretario general —quien la transmitirá a las partes y a los árbitros— y debe ser presentada al momento del registro de la solicitud de arbitraje o inmediatamente después de concluir el acuerdo de financiamiento si sucede después del registro. Asimismo, también debe comunicarse cualquier modificación al acuerdo de financiamiento. Es de destacar que las partes no tienen la obligación de presentar el acuerdo de financiamiento, sino simplemente «notificar» la existencia de este y datos del financiador. La norma establece que el tribunal eventualmente podrá ordenar la presentación de tal acuerdo de financiamiento en virtud de los poderes probatorios del tribunal.

---

[18] A modo de ejemplo, en el Compendio de Comentario del Documento de Trabajo n.° 4, la República de Argentina manifiesta su oposición a la existencia de financiamiento por terceros, sin embargo, Argentina entiende que para prohibir dicha práctica la misma debe hacerse modificando el Convenio Ciadi, el cual requiere mayorías especiales. En tal sentido, Argentina propone una redacción detallada de la actual Regla de Arbitraje n.° 14 y sanciones a su incumplimiento. Dichas propuestas no fueron tomadas en el DT6.

La importancia de conocer la existencia de un tercero financiador se encuentra principalmente en (i) evitar posibles conflictos de interés del tercero con los árbitros y (ii) darle información a la parte no financiada sobre su situación ante una eventual condena en costos a su favor.[19] Entendemos que dichos objetivos se cumplen parcialmente con la regulación propuesta, ya que la norma si bien exige que se informe sobre las personas o entidades que «poseen y controlan» al tercero financiador, no exige que se revele la estructura corporativa en su totalidad del tercero financiador o la identidad del último beneficiario del acuerdo de financiación (que podría no ser quien aparece como financiador), situación que podría revelar un conflicto de interés. Asimismo, al no exigirse el acuerdo de financiación, el Estado se encuentra con la misma incertidumbre que se tiene al día de hoy respecto a la posibilidad de cobrar los costos del arbitraje ante una eventual condena al demandante.

2.3.3. Recusación de árbitros

Las normas propuestas sobre recusación de los árbitros buscan regular la estructura del proceso de recusación, establecer plazos claros y determinar las consecuencias de la solicitud de recusación en el proceso principal. Sin embargo, algunos aspectos del proceso de recusación siguen sin ser regulados y se dejan librados a la interpretación de los tribunales. A modo de ejemplo, las enmiendas propuestas nada dicen sobre el estándar que se debe cumplir para que sea procedente la recusación. Algunos Estados sugirieron agregar que era necesario acreditar la «apariencia de dependencia o imparcialidad»; sin embargo, ello no fue incluido en la norma propuesta.[20]

Respecto al plazo, la norma propuesta establece que la solicitud de recusación debe plantearse a los 21 días de constituido el tribunal o del momento en que el solicitante tuvo o debió haber tenido conocimiento

---

19 Dicha información le permitiría a la parte no financiada evaluar la necesidad y posibilidad de obtener una garantía de costos.

20 Ciadi, Compendio de Comentarios al Documento de Trabajo n.° 4, p. 22.

del hecho en el que se funda la solicitud de recusación.[21] La solicitud debe contener las causales de recusación, hechos, derecho, argumento y pruebas documentales. Frente a la solicitud de recusación, la contraparte tiene también 21 días para contestar y presentar su prueba documental. La norma propuesta establece la posibilidad que el árbitro recusado presente una explicación dentro de los 5 días siguientes a lo que suceda antes entre: a) el vencimiento de los 21 días que la contraparte tiene para contestar; o b) la presentación de la contestación a la solicitud de recusación (en caso de que dicha contestación se presenta antes del día 21). Si el árbitro cuya recusación se pretende, presenta una explicación en el plazo indicado, ambas partes tienen un plazo de siete días para presentar un escrito final. La norma no establece que dicho escrito final deba ser en respuesta a las explicaciones dadas por el árbitro cuya recusación se busca, por lo que, en principio, no habría limitación en el contenido de dicho escrito.

La actual Regla de Arbitraje n.° 9 establece que el procedimiento se suspenderá hasta que exista una decisión sobre la recusación propuesta.[22] La norma propuesta mejora el lenguaje de la actual Regla de Arbitraje n.° 9 y establece que las partes pueden acordar no suspender el proceso principal durante la pendencia del proceso de recusación.[23]

2.3.4. Manifiesta falta de mérito jurídico

La Regla de Arbitraje 41 del DT6 establece un nuevo plazo para presentar una excepción relativa a la manifiesta falta de mérito jurídico de la reclamación. Actualmente el plazo es de 30 días desde la constitución del tribunal (y siempre debe plantearse antes de la primera sesión del

21 Regla de Arbitraje n.° 22 del DT6.
22 Regla de Arbitraje n.° 9.
23 Regla de Arbitraje n.° 22 (2) del DT6.

tribunal).[24] De adoptarse la nueva norma, dicho plazo límite se extendería a 45 días, sin importar si la primera sesión se celebra antes de los mencionados 45 días.[25]

Asimismo, la norma propuesta establece a texto expreso que la excepción puede plantearse aún antes de la constitución del tribunal.[26] En dicho caso, el secretario general fijará los plazos para las presentaciones sobre la excepción, de manera que el tribunal la resuelva tan pronto se constituya.

La norma propuesta establece que el tribunal puede resolver que todas o algunas de las reclamaciones carecen de mérito jurídico.[27] En el primer caso, el tribunal dictará un laudo, mientras que si la declaratoria es sobre una parte de las pretensiones, el tribunal dictará una decisión y fijará los plazos para la continuación del procedimiento.[28] Finalmente, la norma propuesta mantiene la actual regulación en el sentido que una decisión del tribunal rechazando una excepción de esta índole no impide que la misma sea presentada en el futuro como excepción preliminar o argumentar que la reclamación carece de mérito jurídico.[29]

2.3.5. Excepciones preliminares y bifurcación de excepciones preliminares

La actual Regla de Arbitraje n.° 41 regula varias situaciones en una misma regla, entre ellas, excepciones preliminares a la jurisdicción, bifurcación de cuestiones jurisdicción, el poder del tribunal para resolver cuestiones jurisdiccionales en cualquier etapa del proceso, y la excepción

24 Regla de Arbitraje n.° 41 (5).
25 Regla de Arbitraje n.° 41 (2)(a) del DT6.
26 Regla de Arbitraje n.° 41 (2)(d) del DT6.
27 Regla de Arbitraje n.° 41 (3) del DT6.
28 Regla de Arbitraje n.° 41 (3) y (4) del DT6.
29 Regla de Arbitraje n.° 41 (4) del DT6.

de «manifiesta falta de mérito jurídico» de una reclamación. Las enmiendas propuestas suponen dividir la actual Regla de Arbitraje n.° 41 en cinco reglas y, en ciertos aspectos, implica cambios al actual sistema.

Entre los cambios más notorios se encuentran los cambios en el plazo para interponer una excepción a la jurisdicción del tribunal. En el actual sistema, el demandado debe presentar sus excepciones a la jurisdicción «lo antes posible» y «a más tardar antes del vencimiento del plazo fijado para la presentación del memorial de contestación».[30] Asimismo, en la actual regulación no existe un plazo para presentar una solicitud de bifurcación una vez que se hubiera opuesto la excepción preliminar. Por ende, bien podría plantearse la solicitud de bifurcación con la contestación del memorial de demanda o incluso después de este.

Las enmiendas propuestas eliminan la obligación de presentar las excepciones a la jurisdicción «lo antes posible», y establece simplemente que una parte notificará al tribunal y a la otra parte su «intención» de presentar una excepción preliminar lo antes posible.[31] Como puede verse, de adoptarse la enmienda propuesta, lo único que debe comunicarse «lo antes posible» es la «intención» y no la objeción en su misma.

Las excepciones a la jurisdicción del tribunal pueden plantearse —al igual que en la actual regulación»— a más tardar en la fecha de presentación del memorial de contestación sobre el fondo.[32] Sin embargo, las enmiendas establecen un límite temporal para solicitar la bifurcación del proceso para tratar las cuestiones a la jurisdicción. Conforme a la Regla de Arbitraje 44 del DT6, si se busca bifurcar el proceso para tratar cuestiones jurisdiccionales —a menos que las partes pacten otra cosa— la solicitud de bifurcación debe realizarse dentro de los 45 días siguientes a la presentación del memorial sobre el fondo,

30 Regla de Arbitraje 41 (1).
31 Regla de Arbitraje n.° 43(2) del DT6.
32 Regla de Arbitraje n.° 45(b)(i) del DT6.

debiendo indicar allí la excepción preliminar a la que se refiere.[33] De no solicitarse la bifurcación en dicho plazo, la propuesta Regla de Arbitraje n.° 45 establece que las cuestiones jurisdiccionales serán tratadas conjuntamente con el fondo del arbitraje.[34] Por ende, si bien las excepciones preliminares pueden plantearse hasta la presentación del memorial de contestación, el plazo para solicitar la bifurcación de esas excepciones caduca a los 45 días de presentado el memorial de demanda sobre el fondo.

2.3.6. Costos

Las enmiendas propuestas en materia de costos resultan de particular importancia por cuanto (i) dan una definición no taxativa de «costos del procedimiento»; (ii) establecen reglas sobre lo que debe considerar el tribunal al momento de distribuir los costos del procedimiento; (iii) establecen como regla general que la parte que prevalezca ante una excepción de «manifiesta falta de mérito jurídico» es acreedora de los costos del procedimiento;[35] y (iv) establecen reglas sobre los elementos que debe considerar el tribunal para hacer lugar a una solicitud de garantía por costos.

Respecto al primer punto, la Regla de Arbitraje n.° 50 del DT6 establece que los costos incluyen los honorarios legales y gastos de las partes; los honorarios y gastos del tribunal, de las personas que asistan al tribunal con aprobación de las partes (por ejemplo, asistentes) y de los peritos nombrados por el tribunal; y los cargos administrativos y costos directos del Centro.[36]

En cuanto a la distribución de costos, el tribunal deberá considerar el resultado del procedimiento o de una parte del mismo, la conducta de

33 Regla de Arbitraje n.° 44(1)(i) del DT6.
34 Regla de Arbitraje n.° 45 del DT6.
35 Conforme a la regla propuesta, el tribunal puede apartarse de esta regla general cuando existan «circunstancias especiales que justifiquen una distribución de costos diferente».
36 Regla de Arbitraje n.° 50 del DT6.

las partes durante el procedimiento, la complejidad de las cuestiones y la razonabilidad de los reclamos.[37] La única regla general en este punto, es la obligación de pagar los costos de la parte perdedora relativo a una objeción sobre manifiesta falta de mérito jurídico.[38] Es de destacar que dicha regla, de aprobarse, probablemente represente un freno a objeciones de tal índole, lo que hace discutible su inclusión. Por supuesto, esto afectaría más a Estados, pero los mismos se han mostrado decididos a aceptar este riesgo.

Finalmente, la Regla de Arbitraje n.° 53 del DT6 regula la garantía por costos y establece una lista no taxativa de los elementos a considerar por el tribunal ante una solicitud de dicha índole, la cual incluye: la capacidad y voluntad de una parte de cumplir con una decisión adverse en materia de costos, el efecto que una decisión sobre garantía por costos pudiera tener en la capacidad de seguir adelante con su demanda, y la conducta de las partes.[39]

2.3.7. Nuevo proceso expedito

El capítulo XII de las Reglas de Arbitraje del DT6 regula el arbitraje expedito, lo que —de aprobarse— sería una novedad en el arbitraje bajo el Convenio Ciadi. Para tramitar un arbitraje bajo dicha estructura procesal, las parten deben prestar su consentimiento y pueden hacer esto en cualquier momento.[40] El tribunal estará compuesto por un árbitro único salvo que las partes acuerden tener un tribunal de tres árbitros.[41] Los plazos para presentar los escritos (se prevén dos rondas de escritos), celebrar la audiencia y emitir el laudo, son cortos y entre la presentación del primer escrito y la emisión del laudo deberían haber no más de 390

37 Regla de Arbitraje n.° 52(1) del DT6.
38 Regla de Arbitraje n.° 52(2) del DT6.
39 Regla de Arbitraje n.° 53 del DT6.
40 Regla de Arbitraje n.° 75(1) del DT6.
41 Regla de Arbitraje n.° 76 del DT6.

días en total.[42] Asimismo, la extensión de los escritos también se encuentra limitada, debiendo los escritos de la primera ronda no tener más de 200 páginas, y los de la segunda ronda no más de 100 páginas.[43]

Conforme a la Regla de Arbitraje n.° 86 del DT6, las partes pueden acordar en cualquier momento no continuar tramitando el arbitraje de manera expedita, o el tribunal puede decidirlo ante la solicitud de una de las partes.[44] En tal caso, el tribunal deberá considerar la complejidad de las cuestiones, la etapa del procedimiento y todas las demás circunstancias relevantes.[45]

En el afán de evitar dilaciones y cumplir con la finalidad de tener un proceso rápido y eficiente, en un arbitraje expedito no son de aplicación las normas relativas nombramiento de peritos por el tribunal, visitas e investigaciones por el tribunal, excepción de manifiesta falta de mérito jurídico, bifurcación y bifurcación de excepciones preliminares y acumulación o coordinación de arbitrajes.[46]

3. LAS NUEVAS DIRECTRICES ICCA SOBRE ESTÁNDARES DE LA PRÁCTICA EN ARBITRAJE INTERNACIONAL

La segunda novedad notoria en el arbitraje internacional son las Directrices ICCA, las cuales intentan generar un marco de principios éticos por los cuales se deberían regir los participantes en un arbitraje internacional. Las Directrices ICCA no pretenden ser normas obligatorias sino principios que sirvan como guía de civilidad en el arbitraje internacional.[47] Sin perjuicio de ello, las partes pueden incorporar dichas directrices al arbitraje, tanto mediante el acuerdo arbitral como durante el proceso

42 Regla de Arbitraje n.° 81 del DT6.
43 Regla de Arbitraje n.° 81(c) y (f) del DT6.
44 Regla de Arbitraje n.° 86(1) del DT6.
45 Regla de Arbitraje n.° 86(2) del DT6.
46 Regla de Arbitraje n.° 75(2)(a) del DT6.
47 Directrices ICCA, Introducción.

arbitral.[48] Asimismo, en caso de existir un conflicto entre normas locales y las Directrices ICCA, las primeras primarán sobre las segundas.[49] Es de destacar que estas directrices ya existen y están disponibles a las partes para ser utilizadas en sus controversias.

Las Directrices ICCA se dividen en cuatro partes: (i) directrices aplicables a todos los participantes en un arbitraje internacional; (ii) directrices para los abogados de las partes; (iii) directrices aplicables a los árbitros; y (iv) directrices aplicables a otros participantes. A continuación, analizaremos cada una de estas. Como hemos notado, en este capítulo no tratamos el código de conducta propuesto por Ciadi y Cnudmi, sin embargo, es de notar que a diferencia de las directrices ICCA, el código solo se aplicaría a los adjudicadores.[50]

3.1. Directrices aplicables a todos los participantes en un arbitraje internacional

Seis directrices son comunes a todos los participantes. La primera de ellas establece el deber genérico de todos los participantes de actuar con integridad, respeto y civilidad.[51] Los comentarios a dicha directriz agregan otros elementos implícitos como la buena fé y honestidad.[52]

La segunda directriz se relaciona con la diversidad cultural existente en los arbitrajes internacionales y, en tal sentido, establece el deber de

48 *Id.*

49 *Id.*

50 El proyecto de Código de Conducta Ciadi/Cnudmi define a la obligación de independencia e imparcialidad de los adjudicadores (artículo 3), establece un límite a la actuación del adjudicador en otros roles (artículo 4), regula el deber de diligencia, integridad, competencia, civilidad y confidencialidad (artículos 5, 6 y 8), reglamenta la prohibición de comunicación de los adjudicadores con las partes e indica sus excepciones (artículo 7), establece normas relativas a los honorarios y gastos de los adjudicadores (artículo 9), a su deber de revelación para evitar conflictos de interés y al contenido que debe tener dicha revelación (artículo 10).

51 Directrices ICCA, Directriz I.A.

52 Directrices ICCA, Comentario a directriz I.A.

respeto a todas las culturas y la obligación de no realizar ninguna conducta discriminatoria.[53] Respecto a esta directriz, el comentario resalta la importancia del respeto a la diversidad como mecanismo de mantener la legitimidad del sistema, así como la necesidad de evitar sesgos inconscientes.[54]

La tercera directriz refiere a la economía procesal y establece la obligación de los participantes de asegurar la eficiencia en los costos y el tiempo del arbitraje.[55] En tal sentido, los participantes deben evitar demoras o gastos innecesarios.

La cuarta directriz establece el deber de respeto sobre los derechos de las partes y terceros a su privacidad y confidencialidad.[56] Los participantes de un arbitraje, en el curso de este, son receptores de información personal y sensible de varios individuos. Esta directriz recuerda el deber que tienen todos los participantes de respetar la privacidad de esa información. Los comentarios a esta directriz expresamente establecen que la misma no pretende ser una regulación de la confidencialidad en el arbitraje o de protección de datos personales, sino simplemente busca recordar el deber de cuidado que los participantes deben tener respecto a la información que reciben en el curso de un arbitraje.[57]

La quinta directriz expresa que todos los participantes deben asegurar que los individuos bajo su supervisión deben cumplir las directrices.[58] Asimismo, los comentarios a dicha directriz establecen que las directrices aplican no solo a los abogados, sino también a todos los participantes.[59]

---

53 Directrices ICCA, Directriz I.B.
54 Directrices ICCA, Comentario a directriz I.B.
55 Directrices ICCA, Directriz I.C.
56 Directrices ICCA, Directriz I.D.
57 Directrices ICCA, Comentario a directriz I.D.
58 Directrices ICCA, Directriz I.E.
59 Directrices ICCA, Comentario a directriz I.E.

Finalmente, la sexta directriz establece la obligación de revelar conflictos de intereses «o de toda circunstancia que pueda poner en duda la integridad del proceso arbitral».[60] El comentario a dicha directriz establece que la misma no pretende regular el "tipo" de información que debe revelarse o las circunstancias que darían lugar a un conflicto de interés. En tal sentido, el comentario expresa que dichas cuestiones deben ser respondidas por referencia a las normas aplicables (legales o institucionales).[61]

3.2. Directrices aplicables a los abogados de las partes

Cuatro son las directrices aplicables a los abogados de las partes. La primera de ellas establece el deber de colaboración entre los abogados de ambas partes, así como el deber de realizar todos los esfuerzos razonables para cumplir con las órdenes del tribunal.[62] Como es sabido, el arbitraje requiere de coordinación y negociación entre los representantes de las partes. La colaboración de las partes es importante durante todo el proceso y, particularmente, para resolver cuestiones procesales que se suscitan durante la vida del arbitraje. Los comentarios a dicha directriz establecen que ejemplos de colaboración son la puntualidad, las respuestas en un tiempo acorde, la adaptación a diferencias de idioma, religiosas, zonas horarias, o a la agenda de la contraparte cuando ello no perjudique los derechos de una parte.[63]

La segunda directriz establece el deber de los abogados de actuar con respeto, cortesía y conducirse de una manera profesional. En tal sentido, la norma establece que el abogado no debe actuar de forma ofensiva o de manera irrespetuosa hacia otros participantes o hacia el tribunal arbitral.[64] Los comentarios sobre dicha directriz recuerdan que

60 Directrices ICCA, Directriz I.F.
61 Directrices ICCA, Comentario a directriz I.F.
62 Directrices ICCA, Directriz II.A.
63 Directrices ICCA, Comentario a directriz II.A.
64 Directrices ICCA, Directriz II.B.

lo irrespetuoso u ofensivo variará dependiendo las circunstancias, incluyendo las características culturales y/o religiosas de los participantes.[65]

La tercera directriz establece la obligación de no realizar a sabiendas una falsa representación al tribunal arbitral. Asimismo, en el caso que el abogado de una parte descubra que ha realizado una falsa representación al tribunal, dicho abogado debe —sujeto a normas de confidencialidad y privilegio— corregirlo prontamente.[66]

La cuarta directriz reitera el deber de no realizar actos que obstruyan, demoren u obstaculicen el normal desarrollo del proceso arbitral.[67] La norma no establece qué conductas violarían dicho estándar; sin embargo, los comentarios establecen que conductas tales como presentar, sin bases serias, recusaciones de árbitros, objeciones a la jurisdicción, recursos al laudo, demandas o defensas, entre otras, son violatorias de dicha estándar.[68] De manera similar, presentar solicitudes de forma tardía también es una conducta violatoria de dicha estándar.[69]

3.3. Directrices para los árbitros

Tres directrices son aplicables para los árbitros. La mayoría de ellas son reiteraciones de las directrices aplicables a todos los participantes en el arbitraje. En tal sentido, se incluye entre las directrices el deber de actuar con respeto y de manera imparcial, lo que incluye no utilizar términos humillantes u hostiles en comunicación oral o escrita.[70] Asimismo, los árbitros deben actuar de manera eficiente[71] y asegurar que todos los participantes en el proceso se conduzcan de manera respetuosa y cortés.[72]

---

65 Directrices ICCA, Comentario a Directriz II.C.
66 Directrices ICCA, Directriz II.D.
67 Directrices ICCA, Directriz II.E.
68 Directrices ICCA, Comentario a Directriz II.E.
69 Directrices ICCA, Comentario a Directriz II.E.
70 Directrices ICCA, Directriz III.A.
71 Directrices ICCA, Directriz III.C.
72 Directrices ICCA, Directriz III.B.

3.4. Directrices para los demás participantes

Los directrices relativas a los «demás participantes» están destinadas a regular la conducta de los testigos, peritos, secretarios del tribunal y personal de las instituciones arbitrales. Al igual que lo que sucede con los representantes de las partes, la primer directriz establece la obligación de honestidad de los testigos y peritos, así como la obligación de no realizar a sabiendas una afirmación falsa al tribunal arbitral.[73] Asimismo, en caso de descubrir que han realizado tal afirmación (a sabiendas o no), el testigo y el perito tienen la obligación de corregir dicha afirmación.[74] Por otra parte, la segunda directriz establece el deber, tanto de los testigos como de los peritos, de asistencia al tribunal arbitral y de seguir sus indicaciones (aun cuando las mismas sean contrarias a indicaciones recibidas de las partes o sus abogados).[75]

Finalmente, la tercera directriz establece el deber genérico a los secretarios del tribunal y personal de instituciones arbitrales de actuar de forma cortés y de manera imparcial.

4. CONCLUSIONES

Los actores del sistema de arbitraje internacional —Estados, árbitros, abogados, instituciones arbitrales, entre otros— intentan responder a los «*stakeholders*», mejorar las fallas que existen y mantener lo que está bien. Tanto las enmiendas Ciadi como las Directrices ICCA, intentan darle solución a problemáticas y cuestiones que existen en el día a día de la práctica arbitral. El éxito que tendrán las mencionadas normas solamente la práctica y el futuro lo dirán.

---

73 Directrices ICCA, Directriz IV.A.
74 Directrices ICCA, Directriz IV.A.
75 Directrices ICCA, Directriz IV.B.

DESEQUILIBRIO EN EL ARBITRAJE CON EL ESTADO

Milagros Maraví Sumar [*]

Sumario: 1. Introducción.— 2. Medidas que han desequilibrado el arbitraje con el Estado.— 3. ¿Qué medidas deben adoptarse para equilibrar el arbitraje?

1. INTRODUCCIÓN

En Perú, el arbitraje es un mecanismo de solución de controversias legalmente obligatorio en los diversos mecanismos de contrataciones del Estado: Las del ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado[1] y de Reconstrucción con Cambios,[2] asociaciones público-privadas (APP)[3] y en las Obras por Impuestos (OxI).[4]

Esto no es algo común en otros países. ¿Cuál es la razón para que esto sea así en Perú? Nuestro texto constitucional tiene un trato igual a

---

[*] Abogada Socia del Estudio Rubio Leguía Normand y Asociados en el que dirige el área de derecho administrativo. Directora de Cofide. Graduada de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) con máster en administración pública en el Instituto Ortega y Gasset, adscrito a la Universidad Complutense de Madrid-España. Cursa la maestría de gerencia pública de la Universidad Continental. Cuenta con una Acreditación en APP: Experiencias, normativa y pautas para impulsar su desarrollo con mención de excelencia (BID y MEF). Es árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y de la Amcham, del Centro de Resolución de Conflictos de la PUCP y del Ceconar de Susalud.

1 Artículo 45 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado. Aprobado por Decreto Supremo n.° 082-2019-EF.

2 Artículo 96.1 del Reglamento del Procedimiento de Contratación Pública Especial para la Reconstrucción con Cambios aprobado por Decreto Supremo n.° 071-2018-PCM.

3 Artículo 5 del Decreto Legislativo n.° 1362.

4 Artículo 19 del TUO de la Ley n.° 29230, Ley que impulsa la inversión pública regional y local con participación del sector privado, aprobado por Decreto Supremo n.° 294-2018-EF.

la inversión extranjera y la nacional y se reconoce al arbitraje como mecanismo de solución de controversias de inversión y al arbitraje como jurisdicción. En efecto, conforme al artículo 139 de la mencionada Carta Magna, no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. Lo cual implica que los árbitros ejercen potestad jurisdiccional.

A mayor abundamiento, nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido la naturaleza jurisdiccional del arbitraje:[5]

> Este tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1 de la Ley General de Arbitraje), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria. El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido ex post, es decir, a posteriori, mediante los recursos de apelación y anulación del laudo previstos en la Ley General de Arbitraje. Por su parte, el control constitucional deberá ser canalizado conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Constitucional; vale decir que tratándose de materias de su competencia, de conformidad con el artículo 5, numeral 4 del precitado código, no proceden los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas. En ese sentido, si lo que se cuestiona es un laudo arbitral que verse sobre derechos de carácter disponible, de manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo. (2005, fundamento jurídico 14).

Asimismo, en la sentencia del expediente n.° 6167-2005.HC/TC, ha reconocido el derecho a acudir a la jurisdicción arbitral:

> […] el artículo 139, inciso 1, de nuestro ordenamiento constitucional consagra la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral, lo que determina que, en el actual contexto, el justiciable tenga la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para demandar justicia, pero también a una jurisdicción privada. (2005, fundamento jurídico 11).

5 Expediente n.° 2736-2004-PA/TC.

Por su parte, el artículo 63 de nuestra Constitución Política dispone que el Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor, asimismo, también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley. Esto es, existe una habilitación constitucional que permite al Estado y privados, resolver las controversias que surjan de una relación contractual mediante el arbitraje.

Antes de 1997,[6] en que la contratación pública no consideraba el arbitraje de manera obligatoria, para la inversión extranjera y nacional era muy difícil confiar en la solución de conflictos por el Poder Judicial dada su falta de especialización, la tardanza de los procesos y la corrupción. Como señalan Guzmán Barrón Sobrevilla y Zúñiga Maraví[7] «[…] el arbitraje permite que las controversias de la contratación pública se resuelvan en un tiempo menor y a través de un medio especializado, lo cual conlleva una gran ventaja para los contratistas y para el propio Estado». Asimismo, al fin y al cabo, el Poder Judicial es parte del Estado peruano y no necesariamente imparcial objetivamente ante los ojos de la contraparte contractual o que invierte en el país. Esto reducía la capacidad del Estado peruano de contar con licitaciones competitivas.

En el mismo sentido, Chirinos afirma que:

> Cuando se creó el arbitraje, hace más de 30 años, como una alternativa de solución de controversias, se hizo teniendo como perspectiva las deficiencias que implicaba someter casos de gran complejidad al Poder Judicial. Como es de público conocimiento entonces y ahora, los procesos judiciales son de larga duración y en algunos casos pueden extenderse a décadas.

---

6 Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado n.° 26850.

7 Disponible en <https://cdn01.pucp.education/carc/wp-content/uploads/2018/05/22204433/estudio-laudos-carc-pucp.pdf>, p. 2.

> La alternativa implicaba buscar que profesionales especializados, en las materias cuestionadas, pudieran brindar solución a los problemas jurídicos más complejos que se suscitaban en las relaciones contractuales o de otra índole, en el tiempo y forma más adecuada para las partes.[8]

El Estado peruano decidió entonces incorporar el arbitraje como mecanismo de solución de controversias obligatorio progresivamente en los diversos ámbitos de contratación del Estado y en los acuerdos de libre comercio para protección de las inversiones.

Así se fue consolidando y difundiendo este mecanismo con no pocas dificultades que se fueron resolviendo. Por ejemplo: i) la creación de la Sala Comercial en la Corte Superior para conocer de las demandas de nulidad de laudo, a fin de asegurar la especialización y rapidez de la revisión judicial; ii) la publicidad de los laudos arbitrales en que el Estado es parte para dotar de transparencia a este mecanismo;[9] y, iii) Asimismo, la generalización del arbitraje institucional por la desconfianza de los arbitrajes ad hoc en los casos en que el Estado era parte.[10]

A contrapelo, desde hace unos años y hasta la actualidad, se ha producido desde el Estado una arremetida legislativa y mediática contra este mecanismo que ha llevado a desequilibrarlo a favor del Estado y a restarle efectividad, so pretexto de la «corrupción» en los arbitrajes —no solo por los casos Lava Jato o Club de la Construcción»— pero generalizando la desconfianza en el contratista.

---

8 Disponible en <http://afin.org.pe/wp-content/uploads/2015/12/quincenario_276_compressed.pdf>. Quincenario AFIN Edición 276 de 4 de junio de 2021, p. 11.

9 Artículo 238 del Reglamento de la LCE aprobado por Decreto Supremo n.° 344-2018-EF y artículo 51.3 de la Ley de Arbitraje.

10 Artículo 225.3 del Reglamento de la LCE aprobado por Decreto Supremo n.° 344-2018-EF, artículo 7, inciso 5 del Decreto Legislativo n.° 1071-decreto legislativo que norma el arbitraje.

Guzmán Barrón Sobrevilla y Zúñiga Maraví[11] en el estudio denominado «Tendencias del Arbitraje de Contratación Pública: Análisis de Laudos Arbitrales» del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP» hacen referencia a la idea difundida de que el Estado pierde todos los arbitrajes y demuestran que esta afirmación es errónea. El Estado no pierde la mayoría de arbitrajes y los que pierde es porque el contratista se vio obligado a acudir a arbitraje ante la falta de pronunciamiento o de cumplimiento de una entidad pública.

Sin embargo, señala Alexander Campos[12] «[…] como el Estado es parte, pero a su vez, también es legislador, ha comenzado a expresar sus insatisfacciones con respecto al sistema a través de normas que lo que hacen es intentar arreglar un problema que ellos perciben, pero que lo hacen desde sus zapatos. No poniéndose en el zapato de la contraparte; y, de alguna manera, solamente viéndolo desde sus zapatos».

En eso coincide Tafur Scaglia[13] «Asimismo, es importante destacar que el Estado sigue considerándose un gestor de normas para proteger sus intereses, a toda costa, sin considerar que eventualmente puede vulnerar derechos constitucionales como el de libertad de contratación, más aún cuando está entrando en una norma de carácter eminentemente privado que no regula en sí mismo al Estado como parte en los arbitrajes, puesto que para ello tenemos otras normas especiales».

---

11 Disponible en <https://cdn01.pucp.education/carc/wp-content/uploads/2018/05/22204433/estudio-laudos-carc-pucp.pdf.

12 Panel VII ¿Son eficientes los arbitrajes en los contratos con el Estado? *Actas del I Congreso Virtual de Arbitraje, Abastecimiento y Construcción de la Asociación Zambrano*. Cusco: Estudio Mario Castillo Freyre-Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP-Universidad Católica San Pablo-Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, 2020, p. 185.

13 Disponible en <http://agnitio.pe/2020/01/27/a-proposito-del-decreto-de-urgencia-020-2020-paranoia-estatal-o-necesidad-normativa/>.

2. MEDIDAS QUE HAN DESEQUILIBRADO EL ARBITRAJE CON EL ESTADO

El Estado ha introducido modificaciones al arbitraje con el Estado en diversos aspectos, desequilibrando el arbitraje:

2.1. El Estado peruano ha excluido de las materias arbitrables al enriquecimiento sin causa y los adicionales de obra

Ante un escenario en que mediante arbitraje los contratistas lograban la aprobación de adicionales y el reconocimiento y pago producto del enriquecimiento sin causa el Estado decidido prohibir el arbitraje de estas materias. La prohibición de someter a arbitraje o conciliación las materias referidas fue incorporada inicialmente al régimen de contrataciones con el Estado por el Decreto Legislativo n.° 1341, decreto que modifica la Ley de Contrataciones del Estado. Actualmente, se encuentra en incorporada en el TUO de la LCE en su artículo 45.4

> Artículo 45.- «[…]
>
> 45.4 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».

Como señala Gandolfo[14], «la idea, por consiguiente, es evitar a toda costa que se discutan en las vías alternativas las discrepancias relativas a la aprobación de las prestaciones adicionales que son, como se sabe, aquellas que no estaban consideradas en el contrato original pero que resultan indispensables para cumplir con su objeto. El precepto no se limita a impedir que prospere una reclamación con ese propósito. Va más allá y prohíbe igualmente que se sometan a arbitraje o a otras formas de resolución de conflictos aquellas pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o a cualquier otra con la que se pretenda encubrir lo que en realidad es un proceso que nace de la falta de aprobación o de la aprobación parcial de prestaciones adicionales».

Hay que precisar que, si se trata de un enriquecimiento sin causa no vinculado a la falta de aprobación o aprobación parcial de las prestaciones adicionales, esta pretensión sí será arbitrable porque la excepción está limitada a esos supuestos y, dado que, de manera general, se trata de una materia arbitrable. En ese sentido, Castillo Freyre y Sabroso Minaya sostienen que: «En tal sentido, el enriquecimiento sin causa es per se materia arbitrable, al ser de libre disposición, e incluso por tener contenido patrimonial».

Esta situación está vinculada con que hay una tendencia creciente de las entidades públicas de dejar al arbitraje las decisiones que pueden ser objeto de cuestionamiento mediático o responsabilidad funcional, aunque sean infundados. Sin embargo, es más fácil atribuir el problema a la parcialidad de los árbitros que a la debilidad de gestión o deficiencias de control. Estos temas deberían regresar al ámbito arbitral.

---

14 CORTÉS GANDOLFO, R. El equilibrio económico financiero en la Ley de Contrataciones del Estado, Arbitraje PUCP, 2016, pp. 67-81. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/download/17026/17324/>, p. 67.

Mención destacada merece el sistema de control como impulsor de arbitrajes. En efecto, como señalan Guzmán Barrón Sobrevilla y Zúñiga Maraví «Respecto del rol de la Contraloría debemos tener muy presente que aquel 74.8% de las controversias que se someten a arbitraje sobre Contratación Pública son producidas por ineficiencias o incumplimientos de las propias entidades cuyos funcionarios evitan tomar decisiones trasladando esa responsabilidad hacia los árbitros, lo cual demuestra el errado temor que despierta la Contraloría en la función Pública».

2.2. Los árbitros de casos contra el Estado son tratados como funcionarios públicos ya que cuando una entidad del Estado es parte deben presentar declaración jurada de intereses, como si fuera funcionarios públicos

Esta obligación fue aprobada mediante el Decreto de Urgencia n.° 020-2020 y en la actualidad por la Ley n.° 31227.

Asimismo, deben estar registrados en el Registro de Árbitros del OSCE y están sometidos a un régimen sancionador por parte de esta entidad. Esto fue incorporado por el Decreto Legislativo n.° 1341, decreto que modifica la Ley de Contrataciones con el Estado, y actualmente figura en el artículo 45.16 del TUO de la LCE y el artículo 230.4 del Reglamento de la LCE.

Guerinoni es de la opinión que[15] «En primer lugar, en nuestra opinión, este registro atenta contra un principio fundamental del arbitraje cual es la libertad de las partes para designar al árbitro o a los árbitros que consideren idóneos para resolver sus controversias. En segundo lugar, preocupa el manejo o administración que se le pueda dar al registro por parte del Estado, instrumento que se puede politizar o ser administrado no técnica ni objetivamente sino de acuerdo a los intereses del

15 GUERINONI ROMERO, P. M. Algunos comentarios sobre el arbitraje en la Ley n.° 30225: Nueva Ley de Contrataciones del Estado. *Arbitraje PUCP*, (4), pp. 147-152. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/10395>, 2014, p. 150.

propio Estado dejando en el registro, como resultado de la fiscalización posterior, únicamente a aquellos árbitros que el Estado considere convenientes. En tercer lugar, vinculado a lo que acabamos de señalar, no debemos perder de vista que el Estado es parte de los procesos arbitrales, en consecuencia, si existe la posibilidad de que el registro sea administrado de acuerdo a los intereses del propio Estado existe un gravísimo riesgo que se pierda una garantía constitucional de la función jurisdiccional como es la independencia que debe caracterizar, en este caso, al árbitro».

Paolo del Águila[16] califica correctamente a este mecanismo como una barrera de acceso irracional que, «a través de un sinnúmero de documentos, requisitos, etapas de calificación, entrevistas y un largo etcétera, para ser árbitros, donde, de alguna manera, se parametra al Estado y también a las instituciones arbitrales, lo cual es todavía peor, públicas y privadas, al momento de incorporar y de poder designar árbitros».

Asimismo, de acuerdo al artículo 45.28 a 45.32 del TUO de la LCE y los artículos 253 a 256 del Reglamento de la LCE los árbitros pueden ser sancionados por un Consejo de Ética conformado por tres miembros nombrados por el Estado, que tendrá a su cargo la determinación de comisión de infracciones y la aplicación de sanciones contra los árbitros, previstas en el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado.

Guerinoni indica que[17] «Sin embargo, al estar ambos instrumentos en manos exclusivamente del Estado que, insisto, es parte de los procesos, en el futuro podrían ser utilizados para conseguir justamente lo que

16 «Panel VII: ¿Son eficientes los arbitrajes en los contratos con el Estado?». *Actas del I Congreso Virtual de Arbitraje, Abastecimiento y Construcción de la Asociación Zambrano*. Cusco: Estudio Mario Castillo Freyre-Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP-Universidad Católica San Pablo-Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, 2020, p. 207.

17 GUERINONI ROMERO, P. M. *Algunos comentarios sobre el arbitraje en la Ley n.° 30225: Nueva Ley de Contrataciones del Estado. Arbitraje PUCP*, 2014, (4), pp. 147-152. Recuperado a partir de http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/10395, p. 151.

la ley quiere evitar: esto es que a través del Registro Nacional, que será administrado por el Estado, y del Consejo de Ética conformado por personas nombradas también por el Estado, solo queden disponibles árbitros amigos del Estado en cuyo caso, como es obvio, la independencia e imparcialidad que tanto se quiere salvaguardar, se pierda y se direccione la designación de los árbitros a aquellos profesionales con los que el Estado se siente cómodo, situación que resultaría paradójica pues justamente, de acuerdo a la normativa de contratación estatal, el direccionamiento está proscrito. Además, de conformidad con nuestra ley de arbitraje, está proscrito el privilegio en la designación a favor de una de las partes, disposición que se sustenta en el principio de igualdad. Al ser el Estado el que administre este Registro Nacional, de darse un mal manejo de esa administración, podríamos llegar al extremo de que los árbitros designables solo sean aquellos que el Estado considere idóneos por servir a sus intereses. Definitivamente, indirectamente, se le estaría otorgando al Estado el privilegio de designar árbitros, situación proscrita por la ley de arbitraje».

2.3. Se exige a los contratistas de contratos con el Estado poner una fianza bancaria y/o patrimonial en favor de la entidad pública no menor del monto de la garantía de fiel cumplimiento (10 %) por cualquier medida cautelar que soliciten. Esto fue introducido por el Decreto de Urgencia 020-2020, que modificó el artículo 8 inciso 2 de la Ley de Arbitraje

Se limita así el acceso de los contratistas a medidas cautelares y la autonomía de los árbitros para definir la contracautela al otorgar una medida cautelar. Lo mismo no aplica a las entidades lo cual no tiene justificación razonable.

Como señala Horna Rodríguez[18] «El DU impone la carta fianza como único tipo de contracautela que debe presentar el solicitante de una medida cautelar, si es que el Estado es la parte afectada con su ejecución. Dicha carta fianza debe ser equivalente, como mínimo, a la garantía de fiel cumplimiento. La contracautela es una garantía de naturaleza real o personal que se ofrece (no presenta) al momento de solicitar la medida cautelar. El juez o árbitro puede aceptar la propuesta o modificarla, a fin de garantizar adecuadamente al afectado. Para ello, se realiza una evaluación previa tanto de las circunstancias, como de la magnitud de los posibles daños a ser ocasionados. En este caso, el DU ha inclinado la balanza totalmente a favor del Estado. Y es que no va a importar cuál sea la medida cautelar, ni su grado de afectación; sea como sea, el solicitante deberá presentar una carta fianza por el monto mínimo prefijado por ley. Si uno no tiene la capacidad de asumir los costos que ello implica, difícilmente, podrá recibir una tutela cautelar».

En el mismo sentido, Carlos Matheus[19] indica que «Resulta claro que tal regla vulnera el principio constitucional de igualdad, que forma parte de la tutela cautelar efectiva en el arbitraje, colisionando además con otro de los presupuestos cautelares, como es el de la razonabilidad. Asimismo, la mala factura técnica de esta regla se extiende incluso a su propia ubicación en el DLA, pues por su contenido no es un tema de competencia para el dictado y/o ejecución de medidas cautelares, sino más bien uno de presupuestos cautelares, el cual viene regulado en el artículo 47 del DLA».

2.4. El Decreto de Urgencia n.° 020-2020 ha introducido la figura del abandono del proceso que opera de oficio o a pedido de parte en los arbitrajes en los que el Estado es parte

---

18 Disponible en <https://ius360.com/principales-modificaciones-a-la-ley-de-arbitraje-decreto-de-urgencia-no-020-2020/>.

19 Disponible en <https://ciarglobal.com/comentarios-al-decreto-de-urgencia-sobre-la-ley-de-arbitraje-peruana-por-carlos-matheus/>.

si el contratista no lo impulsa por cuatro meses. Se incluyó un artículo 50 A.

Es llamativo que el abandono lo declare la Secretaría General del Centro de Arbitraje y no los árbitros. En ese sentido, Horna Rodríguez advierte que «Lo preocupante surge cuando el DU señala que, tratándose de arbitrajes institucionales, el abandono será declarado de oficio o a pedido de parte, por la Secretaría General del Centro de Arbitraje. ¿Cómo es posible que una cuestión tan relevante, se deje al arbitrio de la institución arbitral? Una declaración de este tipo forma parte de la competencia exclusiva de los árbitros (tal y como la tiene el juez en la vía judicial); pero, además, tiene que ver con una cuestión de mera lógica, pues son los árbitros —que conducen el arbitraje— los que están en mejor capacidad de calificar si hubo o no un impulso del proceso que evite la conclusión del proceso. La necesidad de "institucionalizar" el arbitraje como medida de prevención, llegó aquí a un grave exceso».

2.5. Los Procuradores demandan la nulidad de los laudos de manera creciente debido a que no tienen que afianzar su demanda y, en cambio, el privado sí. Asimismo, para no incurrir en responsabilidad funcional, a pesar de que la LCE y su Reglamento expresamente lo excluye de responsabilidad por ese tema

La exigencia de afianzamiento para la interposición de las demandas de nulidad solo para los privados y la liberación de responsabilidad de los procuradores por no demandar la nulidad de laudos fue introducido por el Decreto Legislativo n.° 1341, decreto que modifica la Ley n.° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, en su artículo 45.8.

Actualmente, se encuentra regulada en el TUO de la LCE en sus artículos 45.22 y 45.24, y en el artículo 239.1 del Reglamento. Sin embargo, esa exoneración de responsabilidad establecida normativamente

no ha sido suficiente para que los procuradores dejen de acudir a la nulidad de laudo, aun sin fundamento.

Gustavo de Vinatea Bellatín verifica que «[…] lamentablemente, creo yo, la anulación de laudos sigue creciendo en cantidad». Menciona que el 2009 era el 10 %, el 2017 era 18 % y el 219 era 21 %. La causal que lidera es «el defecto de motivación» que no es una causal según la LGA. El mismo autor verifica que, de un 71 %, el 2017 el porcentaje de laudos anulados de contrataciones del Estado ha pasado a un 89 % hoy.

Una explicación de esta situación la encuentra Mario Castillo Freyre en que «[…] hoy, prácticamente, las Cortes Superiores se han convertido en segunda instancia porque están analizando el tema de fondo a través del tema de la motivación y razonamiento». Este autor atribuye el que esto se produzca más en los arbitrajes en que el Estado es parte porque «los jueces no quieren tener problemas para que el día de mañana se diga que no anularon algún laudo de una empresa cuestionada. Pero es desnaturalizar la justicia; eso es inclinar el arbitraje hacia un costado y no mantener el equilibrio que se debe mantener».

2.6. Ante la nulidad de laudo, cualquiera de las partes puede solicitar el reemplazo del árbitro que nombró o recusar a los árbitros

Esta disposición se incluyó en el artículo 65.1.b de la Ley de Arbitraje a través del Decreto de Urgencia n.° 020-2020 originalmente solo para la entidad y ahora para ambas partes. Esta situación es inédita. Se trata casi de un nuevo arbitraje. La nulidad de laudo no tiene por objeto cambiar los árbitros sino revisar su legalidad. Cambiar al árbitro que laudo «contra mí» no es admisible. Existen figuras ad hoc en el marco del proceso arbitral mismo que me permiten recusar y no luego de culminado el arbitraje. Como señala Manuel Diego Aramburú a este respecto: i) Que se permita recusar, no quiere decir que la recusación es fundada. Corresponde a las instituciones arbitrales hacer valer que no

todo laudo anulado importa necesariamente una recusación válida; y ii) Esta es una apelación de laudo encubierta porque el nuevo tribunal va a emitir un nuevo laudo y revisar el criterio del primer tribunal porque puede no estar de acuerdo y puede, eventualmente, emitir un laudo distinto.

Ya es un problema que los árbitros sean recusados frecuentemente por causales improcedentes (p. ej., haber laudado contra una entidad pública) y los arbitrajes son difundidos en los medios de comunicación por los procuradores y otras autoridades como si el Estado se enfrentara a «la corrupción» mancillando la imagen de las empresas, en general, y presionando a los árbitros.

2.7. Las garantías se ejecutan a solicitud de la entidad pública, prohibiéndose la evaluación por la entidad financiera de la existencia de un incumplimiento

La LCE en su artículo 33.3, precisa que:

> 33.3 En virtud de la realización automática, a primera solicitud, las empresas emisoras no pueden oponer excusión alguna a la ejecución de las garantías debiendo limitarse a honrarlas de inmediato dentro del plazo máximo de tres (3) días hábiles. Toda demora genera responsabilidad solidaria para el emisor de la garantía y para el postor o contratista, y da lugar al pago de intereses legales en favor de la Entidad.

Asimismo, el artículo 155.3 del Reglamento señala que:

> 155.3. Los supuestos previstos en los numerales anteriores están referidos exclusivamente a la actuación de la Entidad, siendo de su única y exclusiva responsabilidad evaluar en qué supuesto habilitador se encuentra para la ejecución de la garantía, por lo que no afectan de modo alguno al carácter automático de tal ejecución y por tanto, de la obligación de pago a cargo de las empresas emisoras, quienes se encuentran obligadas a honrarlas conforme a lo previsto en el artículo 33 de la Ley, al solo y primer requerimiento de la respectiva Entidad, sin poder solicitar que se

> acredite el supuesto habilitador, sin oponer excusión alguna y sin solicitar sustento ni documentación alguna y en el plazo perentorio de tres (3) días hábiles. Cualquier pacto en contrario contenido en la garantía emitida es nulo de pleno derecho y se considera no puesto, sin afectar la eficacia de la garantía extendida.

Y, a su vez, el artículo 155.4 precisa que:

> 155.4. Aquellas empresas que no cumplan con honrar la garantía otorgada son sancionadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones-SBS.
>
> El Reglamento de Contrataciones anterior disponía, en su artículo 155 que «Las garantías solo se harán efectivas por el motivo garantizado», lo cual se contrapone a lo dispuesto por el Reglamento actual y es lo que debería seguir vigente.

Los contratistas o empresas privadas, en general, están obligados a asumir el costo del mantenimiento de fianzas por años durante el proceso arbitral, aunque no existan obligaciones contractuales del contratista pendientes de afianzar.

En ese sentido, es preciso modificar los artículos de garantías de la LCE y su reglamento para precisar que no es obligatorio mantener vigentes las garantías durante el arbitraje, si las prestaciones del contrato a cargo del contratista ya fueron ejecutadas y no son materia de la controversia, y no solo luego de la liquidación del contrato.

Respecto de las garantías, asimismo, debido a la pandemia, la ejecución de los contratos se suspendió y los plazos de ejecución de los contrataos se han ampliado. Sin embargo, como señala adecuadamente Ricardo Gandolfo: «¿Por qué habría que dilatar los plazos de vigencia de garantías que por su propia denominación están creadas para asegurar el cabal desarrollo de los contratos? Si un contrato tiene un plazo de duración de doce meses, es decir, de un año, y como consecuencia de la pandemia se suspende seis meses y, por tanto, debe extenderse en idéntico

tiempo. Se le adicionan seis meses más. Se convierte en un contrato de dieciocho meses. Sin embargo, la garantía solo se necesita para los mismos doce meses que va a demandar la ejecución del contrato. Los meses de suspensión de labores no tienen por qué estar cubiertas por la fianza. Si la garantía cubre la fiel ejecución del contrato mientras no haya ejecución del contrato no hay nada que cubrir. Eso está claro. Por consiguiente, no hay forma de pretender cobrar costos financieros por ese tiempo muerto».[20]

2.8. Las entidades bancarias y el Estado no cumplen las medidas cautelares dictadas por los tribunales arbitrales que exoneran a la empresa de mantener garantías en este supuesto

De acuerdo a las entidades bancarias, ellas no estarían obligadas a cumplir las órdenes del tribunal arbitral porque el artículo 13.1 de la Ley de Arbitraje dispone lo siguiente:

> Artículo 13.- «Contenido y forma del convenio arbitral
>
> 1. El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza».

Por ende, la jurisdicción y competencia del tribunal arbitral se limitará a los temas convenidos por las partes y firmantes del convenio arbitral.

Si bien los efectos de los convenios arbitrales pueden extenderse a terceras personas, solo es en los siguientes casos:

---

[20] Disponible en <https://edicionespropuesta.blogspot.com/2021/05/hay-que-sincerar-la-garantia-de-fiel.html?m=1>.

> Artículo 14.- «Extensión del convenio arbitral
>
> El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o determinación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos».

En concordancia con lo antes expuesto, el artículo 47.2 de la misma ley dispone lo siguiente:

> Artículo 47.- «Medidas cautelares
>
> […]
>
> 2. Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a una de las partes:».

Según las entidades bancarias, de la redacción del artículo se entiende que las medidas cautelares se limitan a las partes. Por ende, si la ejecución de la medida cautelar implica a terceros resultaría de aplicación el artículo 48.2:

> Artículo 48.- «Ejecución de medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral
>
> En los casos de incumplimiento de la medida cautelar o cuando se requiera de ejecución judicial, la parte interesada recurrirá a la autoridad judicial competente, quien por el solo mérito de las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna».

Comoquiera que las entidades bancarias son ajenas al convenio arbitral, respecto del cual no tienen ninguna vinculación bajo los alcances del artículo 14 del DL que norma el arbitraje, entonces la orden cautelar

se les debería comunicar a través del Poder Judicial y no directamente de parte de su tribunal arbitral.

Sin embargo, esta interpretación no toma en cuenta que en Perú el arbitraje es reconocido como jurisdicción y sus mandatos deberían ser cumplidos por cualquier persona natural o jurídica del país. Solo ante el incumplimiento se acudirá al Poder Judicial. Las entidades bancarias no son la excepción.

2.9. Se advierte recientemente una tendencia del Estado peruano de no pagar oportunamente lo ordenado por los laudos arbitrales

El artículo 73 del Decreto Legislativo n.° 1440, decreto legislativo del Sistema Nacional de Presupuesto que, establece que «73.1. El pago de sentencias judiciales en calidad de cosa juzgada se efectúa con cargo al presupuesto institucional de las Entidades».[21] Y que «73.2. En caso las entidades no cuenten con recursos suficientes para atender el pago de sentencias judiciales, las entidades podrán afectar hasta el cinco por ciento (5 %) de los montos aprobados en el Presupuesto Institucional de Apertura (PIA) Finalmente, que: «73.3. El Ministerio de Economía y Finanzas, a través de la Dirección General del Tesoro Público, procede a la apertura de una cuenta bancaria en el Banco de la Nación para cada entidad que lo solicite, en la cual la Entidad debe depositar, mensualmente, los montos de las afectaciones presupuestales mencionadas. El numeral 73.5 dispone que, en caso de que los montos de los requerimientos de obligaciones de pago superen el porcentaje señalado, la entidad debe cumplir con efectuar el pago en forma proporcional a todos los requerimientos existentes de acuerdo a un estricto orden de notificación, hasta el límite porcentual. Lo anterior, se atiende con cargo a los

[21] En el numeral 73.4 se precisa que «Los pagos de las sentencias judiciales, incluidas las sentencias supranacionales, deben ser atendidos por cada entidad, con cargo a su respectiva cuenta bancaria indicada en el numeral precedente, debiendo tomarse en cuenta las prelaciones legales».

presupuestos aprobados dentro de los cinco (5) años fiscales subsiguientes».

La Ley n.º 30137 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo n.° 003-2020-JUS se establecen cinco grupos de priorización, correspondiendo a este último el orden de prelación del pago de sentencias o laudos. Dentro del mismo orden de prelación se aplica lo siguiente:

> a. En primer término, se toma en cuenta la fecha de notificación del requerimiento judicial de pago, de la más antigua a la más cercana.
>
> […]
>
> c. Posteriormente, se toma en cuenta el monto de la obligación total, de las más bajas a las más altas.
>
> d. Por último, se toma en cuenta el saldo de la acreencia, de las más bajas a las más altas.

En el artículo 3 del Reglamento se precisa que se excluye del ámbito de aplicación de estas normas «b. Las obligaciones generadas por laudos arbitrales, que se encuentren en proceso de ejecución ante la autoridad judicial competente», lo cual implica que los demás laudos están dentro del ámbito de aplicación de esta norma».

Estas disposiciones ponen al pago de laudos sea nacionales o internacionales a la par y en última prioridad que las sentencias. Esto los sujeta a la disponibilidad presupuestal de la entidad y a un plazo de cinco años para el pago.

En ese sentido, la atención el pago de laudos debería priorizarse porque el acceso a esta jurisdicción incluye no solo el derecho a la emisión de un laudo que resuelva la controversia, sino a su cumplimiento.

2.10. Las nuevas autoridades pretenden desconocer los contratos suscritos por sus antecesores y actúan arbitrariamente sin control de ninguna entidad rectora, lo cual deja como única herramienta de defensa de la inversión al arbitraje

Lo anterior no solo afecta el arbitraje como mecanismo de solución de controversias contractuales del Estado, sino la credibilidad y predictibilidad del Perú como destino de inversión y su consiguiente calificación de riesgo. Corresponde a las entidades rectoras de los sistemas de contrataciones del Estado frenar estos abusos de poder y sobre carga de arbitrajes.

3. ¿QUÉ MEDIDAS DEBEN ADOPTARSE PARA EQUILIBRAR EL ARBITRAJE?

Respecto del problema descrito en el punto 1 de este artículo: «Debe derogarse el inciso 4 del artículo 45 del TUO de la LCE para no excluir 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».

Respecto del problema descrito en el punto 2 de este documento: «Debe eliminarse la obligación de los árbitros de presentar declaración jurada de intereses prevista en el artículo 3, inciso w) de la Ley n.° 31227. Asimismo, derogar la limitación prevista en el artículo 45.16 del TUO de la LCE de estar inscritos en el Registro de Árbitros de OSCE para participar como tal en procesos en los que el Estado es parte y el artículo 242 del Reglamento de la LCE; y, finalmente, derogar el artículo 45.26 a 45.30 que establece sanciones a los árbitros por infracciones éticas, las cuales deben estar a cargo de las instituciones arbitrales.

Respecto del problema descrito en el punto 3 de este artículo: «derogar el inciso 2 del artículo 8 de la Ley de Arbitraje que exige una garantía de mínimo el monto de la garantía contractual (10 %) por cualquier medida cautelar que soliciten los contratistas».

Respecto del problema descrito en el punto 4 de este documento: derogar el artículo 50A de la Ley de Arbitraje que incorporó la figura del abandono en el procedimiento arbitral en el que el Estado es parte.

Respecto del problema descrito en el punto 5 de este artículo: modificar el artículo 45.22 de la LCE para que ambas partes deban poner una garantía antes de demandar la nulidad de laudo.

Respecto del problema descrito en el punto 6 de este documento: «Corresponde derogar el artículo 65.1.b de la Ley de Arbitraje que permite recusar al Tribunal Arbitral si el laudo ha sido anulado».

Respecto del problema descrito en el punto 7 de este artículo: «Se debe derogar los artículos 155.3 y 155.4 del Reglamento vigente, dado que las garantías deberían ejecutarse una vez que efectivamente se ha comprobado el incumplimiento, a fin de evitar abusos por parte del funcionario del Estado. Con esta modificación también se evitaría tener que recurrir a las medidas cautelares, evitando costos innecesarios que luego incluso, en un escenario de proceso arbitral, podrían llegar a ser imputados a la Entidad. Se debe restituir el texto anterior que señalaba que "Las garantías solo se harán efectivas por el motivo garantizado", dado que las garantías deberían ejecutarse una vez que efectivamente se ha comprobado el incumplimiento, a fin de evitar abusos por parte del funcionario del Estado. Con esta modificación también se evitaría tener que recurrir a las medidas cautelares, evitando costos innecesarios que luego incluso, en un escenario de proceso arbitral, podrían llegar a ser imputados a la entidad».

Asimismo, debería modificar los artículos 149.2 y 149.3 del Reglamento de la LCE para establecer un mandato de devolución de la garantía en el caso que no existan obligaciones pendientes de afianzar, y no solo luego de la liquidación del contrato y cuando hay saldo a favor del contratista.

Respecto del problema descrito en el punto 8 de este documento: «Se debe modificar el artículo 47.2 y 48.2 de la Ley de Arbitraje para precisar que la medida cautelar obliga a las partes y terceros y debe ser ejecutada a sola orden del tribunal, sin requerirse participación del Poder Judicial».

Respecto del problema descrito en el punto 9 de este artículo: «Modificar el artículo 3 del Reglamento de la Ley n.° 30137 para excluir de las normas de prelación de pagos de sentencias a los laudos».

Respecto del problema descrito en el punto 10 de este documento: «Debe dotarse de facultades a las entidades rectoras para intervenir en los casos en que las entidades titulares de los contratos o las APP pretende desconocerlos, a fin de evitar el inevitable recurso al arbitraje por parte de los privados».

Es urgente eliminar estas distorsiones introducidas al arbitraje con el Estado en el Perú.

CONSOLIDACIÓN DEL ARBITRAJE Y MEDIACIÓN EN ARGENTINA

HACIA UN SERVICIO DE JUSTICIA EFICIENTE

Myriam Inés Costilla *

Sumario: 1. Introducción.— 2. Arbitraje y mediación. Escenario de la justicia en Argentina en tiempos de pandemia.— 3. Una visión holística de la justicia y el anclaje del arbitraje y la mediación.— 4. Proceso de consolidación del arbitraje y mediación en Argentina.— 5. Arbitraje y mediación. Acceso a la justicia.— 6. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Desde hace un par de décadas, Argentina en distintas provincias del país, viene impulsando el desarrollo y puesta en práctica de los métodos alternativos de resolución de conflictos, con el arbitraje y mediación encabezando esta tendencia. No ha sido un proceso fácil, más bien se aceleró tras el arribo de la Pandemia ya que la misma destapó una crisis de magnitudes históricas, sin dejar escapar al ámbito forense.

Como en todas partes del mundo, la pandemia trajo aparejadas medidas de aislamiento muy severas que repercutieron negativamente en el desenvolvimiento de todas las aéreas administrativas y en especial

* Abogada por la Universidad de Buenos Aires. Secretaria de Asuntos Legislativos del Sindicato de Empleados de Comercio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. <mcostilladuyck@yahoo.com.ar>.

las de gestión judicial, con la consecuente puesta en estado de indefensión del justiciable con severas dificultades para acceder al servicio de justicia, quien encontró en el arbitraje y mediación una salida.

El presente trabajo pone su énfasis en el contexto fáctico actual de crisis sanitaria como causa que acentuó la depreciación del sistema judicial, partiendo de la descripción de un escenario argentino muy desolador en materia de justicia y como contra partida, la importancia de la puesta en valor del arbitraje y la mediación en el logro de una justicia de «rostro humano», para luego adentrarnos en el plano del terreno filosófico desde donde visibilizar el Derecho como un todo.

Finalmente se aborda el complejo tópico del acceso a la justicia y la «vulnerabilidad del vulnerable», hecho de la realidad actual que padecen diversos grupos, cada uno con sus demandas específicas, pero transversalmente exigiendo lo mismo, la respuesta oportuna y eficaz de justicia, frente a una gestión caducada y morosa, colapsada por la pandemia, momento crucial que abrió la puerta para que el arbitraje y la mediación definitivamente sean institutos integrados al «todo» del derecho, no dando cabida a prejuicios y hostigamientos respecto a su naturaleza y eficiencia, al demostrar que dichos métodos producen respuestas, abren caminos de satisfacción a los requerimientos del justiciable en su búsqueda verdad y conducen al objetivo final del derecho, cual es el logro de la justicia para una sociedad en paz y equidad.

2. ARBITRAJE Y MEDIACIÓN. ESCENARIO DE LA JUSTICIA EN ARGENTINA EN TIEMPOS DE PANDEMIA

Argentina, es una sociedad con marcada tendencia a la «judicialización», debido a que el común de la gente ha naturalizado que todos sus conflictos, cualquiera sea su naturaleza, deben someterse a control jurisdiccional. Este formato cultural, tan enraizado en la idiosincrasia ha venido sobrecargando el sistema administrativo estadual que derivo en colapso tras el surgimiento de la pandemia provocada por el covid-19.

Como en todas partes del mundo, los argentinos transitamos el avance del Poder del príncipe por sobre el desenvolvimiento «normal» de la actividad pública-privada. La situación de conmoción y peligro a la salud publica derivo en estancamiento de los mecanismos del estado ante los requerimientos de una sociedad cuyas demandas de toda índole pusieron al descubierto una administración cuya infraestructura, procedimientos y gestión de los servicios es vetusta, siendo su punto sensible más descarnado el sistema sanitario, que visibilizó un modelo de administración burocrático argentino copia fiel del arquetipo internacional de lo que se denominó reforma de los años 50-60 —posguerras mundiales—, y que durante algunas décadas funcionó en Europa y no porque «fuera eficiente, sino porque solucionó los problemas básicos que la gente quería resolver: proporcionó seguridad contra el desempleo y en la vejez. Proporcionó estabilidad… Proporcionó un sentido básico de la justicia y la equidad (las burocracias como señaló Weber están diseñadas para tratar a todo el mundo igual. Proporcionó empleos. Y prestó servicios básicos, sobrios e igualitarios que la gente necesitaba y esperaba durante la era industrial: caminos, autopistas, cloacas, escuelas», […][1] modelo creado para superar la coyuntura de las guerras, y que, como toda «etapa», fue superada hace décadas por el primer mundo, exceptuando latitudes geográficas de América Latina como el caso de Argentina en que dicha estructura administrativa logró sobrevivir, hoy en estado de agonía endémica y a la cual esta pandemia asesto su golpe mortal.

Lo importante a destacar es que de una crisis tan profunda no hay otro camino que buscar y encontrar salida, generando el campo fértil para las profundas innovaciones en el nuevo modo de gestionar el Estado. En este orden de ideas, se avizora que en el ámbito judicial se vienen consolidando institucionalmente los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos, en particular el Arbitraje y la Mediación como procedimientos eficientes para la respuesta que busca el justiciable en el

[1] OSBORNE, David y Tedr GAEBLER. *La reinvención del Gobierno. La influencia del espíritu empresarial en el sector público*. Traducción de Marco Aurelio Galmarini y Fernando Pardo Gella. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1994, p. 42.

logro de la sociedad en paz, tan necesaria, anhelada y verosímil para los nuevos tiempos que vivimos.

3. UNA VISIÓN HOLÍSTICA DE LA JUSTICIA Y EL ANCLAJE DEL ARBITRAJE Y LA MEDIACIÓN

El arribo inesperado de la Pandemia redujo las prácticas forenses a una gestión judicial solo para casos de emergencia, sin que exista contención posible para la avalancha de asuntos jurídicos nuevos, sumados a los viejos y tradicionales ya existentes.

Afirmamos que el estado actual en que se aprecia nuestra justicia *se puede ver*, expresión con significado gráfico y a la vez en el sentido de ser tangible a nuestros sentidos. A la justicia: la *vemos* en frondosos expedientes, *la vemos* suspendida en eternizados anaqueles, *la vemos* al leer disposiciones anacrónicas de normas adjetivas, *la vemos* plasmada en una *selfy* que muestra el semblante de su estado de caducidad y cuya razón de ser va a contra mano de cualquier tipo de pensamiento jurídico —clásico, antiguo o moderno—, porque tal como *la vemos*, es ajena al logro de un eficiente servicio en pos del valor Justicia.

Ante esta realidad apabullante, la aspiración es encaminarse a una suerte de «regreso a las fuentes», con menos formalismos ya que las muestras colectadas hoy arrojan resultados estériles. Este punto de inflexión ha visibilizado al arbitraje y la mediación y se demuestra que, con sus formas más simples de proceder, se va marcado el retorno a una justicia más humanizada, al igual que la anhelada por Calamandrei al decir que necesitábamos ver «un proceso de rostro más humano» […].[2-3]

---

2 CALAMANDREI, P. *Elogio de los jueces escrito por un abogado*. Traducción de Santiago Sentís y de Isaac J. Medina. Prólogo de Diego Medina. Madrid, 1936, p. 135.

3 «El derecho no puede ser materia de divertida delectación intelectual, porque circulan por dentro, en toda juntura, las lágrimas y la sangre de los hombres vivos». SENTÍS MELENDO, Santiago. «Estudios de derecho procesal». Buenos Aires: EJEA, 1967, p. 230.

En el contexto social descripto, de conflictividad exponencialmente creciente y por añadidura, con causas que exhiben cada vez más elevada complejidad técnica, plasmadas en conflictos novedosos propios de la era de las telecomunicaciones, se fue gestando el puente para el avance definitivo del arbitraje y la mediación.

El desafío es enorme y radica en recrear y renovar en un giro de 360° hacia un nuevo modelo de gestión judicial eficiente, en concordancia a la era de la globalización, sobre información y ciber comunicación. El esfuerzo se requiere para hoy. No basta con limitarse a «reinterpretar», «readaptar» institutos, leyes, doctrinas, hay que calar mucho más profundo, generar las regulaciones y la norma adjetiva útil para rediseñar un servicio de justicia adecuado a los tiempos de la globalización por que el «derecho requiere miradas complejas, complementarias, amplias, plurales y líneas de conexión entre distintos estados y momentos de las situaciones a resolver. Ello implica una actitud epistemológica distinta, situarse en el plano de las preguntas que permitan analizar el problema y entregarle respuestas sucesivas y compuestas, estrategias múltiples de solución y articulación de interacciones sociales e institucionales»,[4] pensamiento que hacemos propio ya que desde la teorización habrá que generar la praxis y nutrir las acciones concretas tendientes a trasponer la inercia que distinguimos como un obstáculo a superar y lograr la gestión eficiente que necesitamos de nuestra Justicia para la construcción de la democracia.

Desde el punto de vista de la hermenéutica jurídica destacamos el aporte del ilustre argentino y tucumano Carlos Cossío, autor de la teoría egológica del derecho, doctrina exquisita para ser interpretada y que aporta trazos útiles para comprender la realidad que transitamos. Cossío, centra su estudio en el «Sujeto» como un ente dinámico en «interferencia» es decir en «encuentro» con el «alter», de cuya adición nace, vive y

4 CALDERÓN ASTETE, Rodrigo e Isnel MARTÍNEZ MONTENEGRO. «Naturaleza y derecho. Pensar lo real más allá de la causalidad y la imputación». *Revista de la Facultad de Derecho*. Montevideo, 2020, n.° 49. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.22187/rfd2020n49a13>.

se proyecta a la vida jurídica. «Sujeto» que al mismo tiempo es en esencia «verbo», es actor y *acción*, creador de las diversas ficciones del derecho que él mismo formula y que luego admiten interpelación. Así al denominar padre, un niño, niña o adolescente, empresario, mayor de edad, heredero, acreedor, inmueble y etc. En cada creación otorga una denominación y luego introduce el contenido de justicia que funda en el sujeto al cual permitir o reprimir, admitir un lugar de legitimidad o de exclusión. Así construye «el todo del ordenamiento jurídico». Cossío en su noción dinámica sintetiza su conocida proposición sobre el derecho afirmando que es «conducta en interferencia intersubjetiva», el hombre, origen, principio y fin último de todo el orden jurídico.

Como se observa, el pensamiento holístico de Cossío se cimienta y ordena en una totalidad o círculo cerrado según el cual el Derecho es tan completo y autosuficiente que no da lugar a lagunas ni casos posibles fuera de ese todo, contemplando todas las nociones relacionadas al «Sujeto».[5] Es que Cossío no admite pensar en piezas separadas de aquella totalidad y para despejar dudas, resuelve esta construcción teórica con un componente esencial que asegure la integración permanente. Sencillamente, se refiere a la existencia de los jueces, quienes, en sus roles, ya sea garantizando el *ius* de cada cual o garantizando el *ius*[6] aun cuando no exista la norma para el caso concreto. Según su razonamiento, el hecho de juzgar, constituyen el elemento integrativo del ordenamiento jurídico, es la pieza que suple cualquier falencia en cuanto órgano erigido para declarar la juridicidad.

En el marco de estas fundamentaciones filosóficas, arribamos a la pregunta sobre el rol de árbitros y mediadores y como engarzan en la totalidad del orden jurídico.

---

5 PLATÓN. *República*. Libro VII. Madrid: Gredos, 1992. (Traducción de C. Eggers Lan). (537, c 10-15) afirma que «La mejor prueba de que una naturaleza sea dialéctica o no, es porque el filósofo tiene una visión de conjunto, y el que no la tiene no lo es».

6 Ulpiano expresa su conocida definición de *ius* o justicia: «La justicia es la perpetua y constante voluntad de dar a cada uno su derecho».

Primeramente, se aclara que árbitros y mediadores no son jueces, tampoco ejercen o son artífices de una «justicia menor». Definitivamente, hay que apartar el cuño de una «semijusticia», «justicia menor» o «justicia de segunda», expresiones tan susurradas por lo bajo en el seno del propio Poder Judicial, y que solo han servido para incitar al rechazo del cuerpo social, cada vez que opera un desplazamiento del régimen tradicional. Los árbitros y mediadores son lo que son facilitadores en la resolución de conflictos, altamente dotados de conocimientos, especializados y confiables, con vocación y capacidad incluso hasta para superar a los propios jueces, con los que han de concurrir a trabajar —por sendas separadas—, en el logro de la justicia, con métodos, técnicas y procederes propios, motorizando un sistema de justicia capaz de poner fin al estado actual de la gestión judicial cual tejido de Penélope, coadyuvando a una gestión del conflicto ágil, simplificada, eficiente y efectiva, en una especie de síntesis de la tensión existente entre la rigidez del hiperformalismo y ritualismo propio de la norma adjetiva y un modelo de gestión más descontracturado o lo suficientemente flexible para contener la agitación del paño social.

De esta manera, se crea un espacio nuevo de trabajo donde tiene cabida el justiciable, en «alteridad» ejerciendo su propia «autonomía»[7] y «libertad», para dar nacimiento a una solución que restablezca el orden con garantía de justicia.

En manifiesta coincidencia con la visión de Cossío, se afirma que el orden jurídico debe ser una integración teórico práctica, en la que participen en diversos roles, los justiciables, los terceros, los interpretes, todos construyendo las partes del cuerpo de *Thēmis*.

---

7 Carlos Cossío expresaba respecto de los límites de la libertad del sujeto que «El problema jurídico de la libertad irrumpe en la Dogmática con el axioma ontológico de que todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido, axioma que es conceptualmente aprehendido con la noción de la Plenitud Hermética del ordenamiento jurídico». COSSÍO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964, 2.ª ed, p. 656.

4. PROCESO DE CONSOLIDACIÓN DEL ARBITRAJE Y MEDIACIÓN EN ARGENTINA

Como ya se expresó, la pandemia genero un campo fértil para el progreso de los métodos alternativos de resolución de conflictos en Argentina. Rápidamente se desecharon prejuicios, postulados por sectores conservadores dentro de la profesión abogadil y del propio palacio de justicia, en la creencia absoluta que frente a un conflicto la única opción posible es recurrir a un tribunal jurisdiccional, sistema que frente a las circunstancias extremas y las fuerzas sociales que claman una demanda exponencial de justicia, fundan la coyuntura necesaria para una la salida del cuello de botella creado por la impavidez de los tribunales, por medio del uso del arbitraje y la mediación.

Para comprender la evolución de este proceso, es menester entender que desde el origen, el derecho se basó en la necesidad de concretar la justicia, limitando la guerra, la venganza privada, la ley del Talión y que si bien las codificaciones instituyeron procedimientos adversariales diseñados para que uno gane y el otro pierda, o en el que quizás todos pierdan, en donde el diálogo y la comunicación interpersonal no tenían cabida, en contrapartida surgieron los métodos alternativos de resolución de conflictos como instrumentos superadores de dicho sistema para lograr la evolución del derecho hacia un estadio histórico en el cual se contribuya al logro de una sociedad justa mucho más civilizada que la posible, que ofrezca alternativas en el camino de búsqueda de justicia, distinto al de la confrontación de dos partes en lucha y ante un tribunal jurisdiccional para que este decida. Estudios antropológicos respaldan y confirman esta teoría.[8] Las sociedades originarias, (aun hoy en algunas comunidades vernáculas de Argentina),

[8] CAPPELLETTI M. y B. GARTH. *El acceso a la justicia*. La Plata: Ed. Col. Abog., 1983, p. 91 y ss. VESCOVI, E. *Op. cit.,* pp. 25-34. Extraído de CAPPELLETTI, M. & B. GARTH (1978-1979). Access to justice. Book I: A world survey, vol. I. Milán: Giuffrè/Alphen aan den Rijn. Netherlands: Sijthoff & Noordhoff.

ante el hecho del conflicto ponen en práctica técnicas de negociación, mediación, conciliación y arbitraje.

Según los antecedentes que se acaban de referenciar, finalmente, en Argentina se logró que el arbitraje y la mediación adquieran reconocimiento y aceptación, ubicándose al lado del tradicional proceso judicial, en cuanto institutos especiales basados en reglamentaciones que establecen la forma en que las partes involucradas someten voluntariamente el conocimiento de sus disputas. Se logró relajar la tenaz resistencia y recelo que el foro local mantenía en relación al arbitraje y mediación y así discernir la esencia de que cada uno, con sus diferencias procedimentales, efectúa un valioso aporte a favor de la justicia. Por un lado, esta la función de los árbitros cuyos laudos —decisión de un tercero imparcial e independiente—, presuponen necesariamente la observancia inexcusable de reglas esenciales del debido proceso constitucional, enmarcado dentro de un proceso formalmente simple capaz de asegurar audiencia, contradicción, igualdad y confidencialidad a las partes. Por otro lado, la aplicación de la mediación ofrece, comunicación directa de las partes, neutralidad, igualdad, logro de una satisfactoria composición de intereses plasmado en un acuerdo de partes con ayuda del facilitador del diálogo y también confidencialidad de las actuaciones. Tanto árbitros como mediadores carecen de la *coercio* y la *executio* —no les es permitido emplazar a las partes ni ejecutar por sí sus laudos o acuerdos facultades que se conservan para los tribunales—, estando su autoridad limitada por las reglamentaciones específicas, aunque si les esta admitido ejercer la *notio* y la *juditio* —en el sentido del conocimiento y análisis del caso que presupone la existencia de una controversia de derechos e intereses contrapuestos que se plantea en una discusión actual entre partes—, y más allá de las disquisiciones expuestas, siempre el arbitraje y la mediación brindaran un servicio con mayor celeridad para arribar al resultado de justicia oportuna.

Finalmente se destaca la concurrencia de comunes denominadores entre jueces, árbitros y mediadores, la fuerza de su «autoridad moral»

que embiste de especial respeto por quienes trabajan en la construcción de justicia y la «observancia de los límites» en cuanto subordinación a los derechos fundamentales, irrenunciables por las partes garantía de seguridad jurídica e igualdad de oportunidades.

Por todo lo expuesto ut supra, la conveniencia del arbitraje y la mediación ha quedado fuera de disenso. Los buenos resultados obtenidos en etapas procesales prejudicial, judicial o extrajudicial, son cuantificables en el ámbito forense haciendo visible su impacto en el desahogo del flujo del ingreso de causas por parte de los justiciables. Al respecto, deben sumarse los elevados porcentajes de laudos y acuerdos —muy apreciables para un sistema judicial abrumado de trabajo y con una necesidad imperiosa de modernización y alivio a sus obligaciones—, mientras operadores de la justicia palpitan una respuesta rápida, económica y eficaz al planteo de sus conflictos, que, en definitiva, se traduce en el convencimiento de la utilidad de abordaje del conflicto con una mirada práctica, superadora y a futuro, que hoy es herramienta fundamental para superar la crisis.

Sin embargo, no se deja pasar por alto que dicha consolidación de los métodos alternativos de resolución de conflictos son consecuencia de un hecho negativo que es la «ausencia». Primero, «ausencia» de eficiencia y eficacia del sistema judicial y crecimiento exponencial de la demanda de justicia, colapsada por la crisis sanitaria. Segundo, «ausencia» de acceso a justicia de sectores vulnerables que por medio del arbitraje y mediación lograron soluciones a sus requerimientos. Tercero «ausencia» de formación académica, formal y no formal, en la materia especifica por parte de los profesionales de la justicia, que influyó en la no aceptación de los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos por parte de la sociedad y comunidad jurídica y coadyuvó a la demora en implementación. Cuarto, «ausencia» de apoyo político dentro del propio Poder Judicial que por su esencia conservadora no promovió el uso de mé-

todos alternativos de resolución de conflictos aunque tampoco los destruyó, ya que todo lo que implique esfuerzo cuanto menos queda estancado.

Se afirma que no es el ideal «construir al revés» o a partir de la «ausencia» de quien debe inclinarse por el bien común y que pese a las graves deficiencias enfatizadas, sigue siendo el Estado. No obstante ello y retomando la filosofía de Cossío, es cierto que el derecho es creación humana, una totalidad, a la vez es flexible, construible y también deconstruible, y que siempre puede mejorar, dejando abierta la posibilidad de recuperación y reformulación.

5. ARBITRAJE Y MEDIACIÓN. ACCESO A LA JUSTICIA

En Argentina el acceso a la justicia, entendida como un servicio que debe brindar el Estado a sus ciudadanos, tiene rango constitucional, se encuentra inserta en el art. 75, inc. 22 de la Carta Magna argentina, que incluye los tratados internacionales ubicándolos en orden supremo de las normas nacionales, dejando abierta la puerta para la admisión de normas específicas en materia de acceso a la justicia incluidas dentro de tratados internacionales como las que se referencian en la cita que transcribo a continuación:

> Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículos 10 y 14: «…todas las personas tienen derecho a acceder a la justicia, en condiciones de igualdad y a obtener de tribunales independientes e imparciales pronunciamientos definitivos en la determinación de sus derechos y obligaciones, sin dilaciones indebidas».
>
> «La Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 8 "toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación

> de sus derechos y obligaciones de carácter civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter"».[9]

Este acceso a la justicia, derecho consagrado en la Carta Magna para ser fácticamente posible debe brindar los siguientes propósitos: Primero que sea asequible a toda persona. En este punto y solo para mencionar un ejemplo, tenemos que el servicio judicial cuenta con tarifas elevadas, valla insalvable con la que chocan a diario los sectores más vulnerables cuando pretenden acceder a la justicia. Segundo que cerciore un servicio de calidad en cuanto resultados, es decir que las prestaciones sean rápidas, eficientes y justas. Tercero, considerar este derecho fundamental, como elemento material de todo procedimiento. Cuarto, que el Estado custodie su salvaguardia al extremo que, frente a un procedimiento cualquiera sea, asegure la incorporación del acceso a la justicia en cada una de las instancias, esto significa según la norma adjetiva, admitir toda actividad necesaria, desde la demanda hasta el acceso a los tribunales superiores.

Cumplir los propósitos indicados, nos obliga a referirnos a la relación directa que existe entre Acceso a la Justicia y vulnerabilidad.

Desde este punto de vista etimológico, según la Real Academia la palabra «vulnerable» proviene del latín *vulnerabĭlis*, que significa «que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente».[10] Desde un enfoque filosófico se afirma que, por naturaleza, todo ser humano es un ser vulnerable y su finitud lo hace frágil. En cambio, en una dimensión jurídica de análisis, es necesario establecer categorías objetivas de «vulnerabilidad», para poder visibilizar cada condición y poder exigir el amparo al derecho fundamental de acceso a la justicia en cada caso.

---

9 La enumeración de este articulo debe ser interpretado como una nómina de garantías mínimas no taxativas.

10 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. Recuperado de <https://dle.rae.es/>.

Elaborando un esquema general de «vulnerabilidad», primero ubicamos a personas a quienes llamamos «vulnerables típicas», por encontrarse en condiciones biológicas, de salud, sexo, raza, económicas, sociales o culturales, ya sea paupérrimas o en estado de necesidad extremo. Luego, se advierte que, dentro del tejido social, surgen nuevas categorías como ser la denominada «vulnerabilidad atípica», que se traduce como aquella especie de vulnerabilidad que proviene de las inequidades introducidas en el ordenamiento jurídico por parte del Estado, cuyas prescripciones perjudican y generan situaciones de desigualdad en detrimento de determinado grupo o persona.

Entonces, en Argentina tenemos, por un lado, el grupo de las víctimas de la «vulnerabilidad típica» que lo integran todas las personas sin recursos para acceder a la justicia. Mayoritariamente abarca a individuos en estado de indigencia o en estado de necesidad extrema, y se incluye a los individuos que aun con posibilidades económicas tampoco acceden a la justicia.

Resulta un dato curioso, poseer recursos y ser vulnerable por no obtener resultado por parte del servicio de justicia en tiempo oportuno. Por mencionar algunos casos nos referimos al origen y causa de muchos femicidios, o fallecimientos por problemas de enfermedades graves, pérdidas patrimoniales; y, en general, planteos de amparos que nunca se resuelven y generan vulnerabilidad por la demora en las decisiones jurisdiccionales que, cuando llegan, son inútiles. También se detecta un grupo denominado de «vulnerabilidad atípica», conformado por quienes padecen al Estado cuando este prescribe normas que constituyen desigualdades para grupos o personas, y que, al provenir del mismo ordenamiento jurídico, materializan una injusticia propiciada por el propio legislador, siendo sus rasgos sobresalientes la inequidad de presupuestos y no pocas veces su ineficacia.

Tal es el caso del aumento de impuestos o tarifas sin basamento en parámetros de equidad. Así las cosas, la «vulnerabilidad atípica» introduce indebidamente elementos que propician el trato desigual y discriminatorio, cuando el sentido común nos lleva al razonamiento de que se deberían producir leyes justas útiles para aniquilar la «vulnerabilidad típica», derivada de las condiciones socioeconómicas de los vulnerables vulnerados. Sin embargo, presenciamos a diario el surgimiento de nuevos grupos vulnerables, muy evidenciados hoy por la exposición mediática de los casos.

El somero análisis de la vulnerabilidad y acceso a la justicia que se acaba de efectuar tiene la finalidad de ratificar la verdad insoslayable de que el arbitraje y la mediación brindan acceso a la justicia. Para el justiciable, en general, y el sujeto víctima de «vulnerabilidad típica» o «atípica», en particular, significa que se suman procedimientos para lograr el derecho fundamental que invocamos.

En este sentido, desechamos toda argumentación contraria, formulada por quienes aseveran que los métodos alternativos de resolución de conflictos no son vías de acceso genuino a la justicia. Las argumentaciones *ut supra* expuestas despejan las dudas y permiten afirmar que el arbitraje y la mediación son útiles para coadyuvar a los sectores vulnerables en sus demandas específicas de acceso a la justicia. Sus procedimientos específicos no deben ser vistos como sustitutos del órgano jurisdiccional, sino complementarios, integrándose al todo jurídico en orden al logro del derecho fundamental de acceder a la justicia de manera oportuna, rápida, equitativa, justa y para todos los grupos de personas.

6. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, se destacan los siguientes puntos:

Primeramente, se afirma que la pandemia —que aún hoy asola en todo el mundo—, ha sido quien aceleró la consolidación del arbitraje y

la mediación en Argentina, debido a que el antiguo y vetusto servicio de justicia entró en parálisis, y este hecho, sumado a la exponencial cantidad de demandas promovidas por el justiciable, dejaron abrir la puerta para que los métodos alternativos de resolución de conflictos, trabajaran en las respuestas de una sociedad agitada y demostrando un nivel de eficiencia que hoy su implementación quedó fuera de disenso.

Por otra parte, y desde una concepción filosófica holística del derecho, se puede afirmar que el sujeto es, en relación al derecho, su creador, actor y promotor; designando, asignándole contenido y estableciendo las formas de interpelación. El juez surge como aglutinante del todo jurídico integrado, sumándose en esta tarea árbitros y mediadores quienes con diferenciadas funciones —compartiendo *notio* y *juditio*, «autoridad moral» y «observancia de límites»— integran y hacen palpitar el derecho.

Luego se asevera que a partir de una «ausencia» o «hecho negativo» —en este caso la falta del Estado—, en medio de una emergencia sanitaria, se hace posible la consolidación del arbitraje y la mediación, cuando en realidad merecían un umbral no forzado de ponderación.

Finalmente, se puede confirmar que el acceso a la justicia tiene reconocimiento constitucional en Argentina, está consagrado en el art. 75, inc. 22, por medio del cual se incorporan los tratados internacionales que, específicamente, regulan en esta materia, punto de análisis realizado en íntima relación al concepto de vulnerabilidad, que deriva en el más fuerte de los argumentos para confirmar que el arbitraje y la mediación son mecanismos útiles para superar el flagelo que padecen de distintos grupos vulnerables —típicos y atípicos—, quienes imperiosamente necesitan recuperar su fe en la justicia, y para que esta sea manifiestamente rápida, equitativa, justa e inclusiva para todos los grupos de personas y la sociedad en su conjunto.

7. BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *El juez, sus deberes y facultades*. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1982.

BERIZONCE, Roberto Omar. *Recientes tendencias en la posición del juez». Instituto Latinoamericano de Derecho Procesal. El juez y la magistratura. Tendencias en los albores del siglo XXI)*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999.

BIDART CAMPOS, Germán. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires: Editorial Ediar, 1995, tomo II.

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ed. E.J.E.A., 1962, 3 tomos.

CALAMANDREI, P. *Elogio de los jueces escrito por un abogado*. Traducción de Santiago Sentís y de Isaac J. Medina. Prólogo de Diego Medina. Madrid, 1936.

CALAMANDREI, Piero. «La certeza del derecho y las responsabilidades de la doctrina». En *Los estudios de derecho procesal en Italia*. Santiago de Chile: Ara Editores, 2016.

CALDERÓN ASTETE, Rodrigo e Isnel MARTÍNEZ MONTENEGRO. «Naturaleza y derecho. Pensar lo real más allá de la causalidad y la imputación». *Revista de la Facultad de Derecho*. Montevideo, 2020, n.° 49. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.22187/rfd2020n49a13>.

CALSAMIGLIA Albert. *Justicia, eficiencia y derecho*. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1048059>.

CAPPELLETTI M. y B. GARTH. *El acceso a la justicia*. La Plata: Ed. Col. Abog., 1983.

CARNOTA, Walter. «Meditaciones sobre gestión judicial». En *La Ley* 1/10/2007. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf>.

Constitución Nacional de Argentina. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía S.A., 2000.

COSSÍO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964, 2.ª ed.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ed. Aniceto López-Ed. Depalma.

COUTURE, Eduardo J. *Estudios del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ed. Ediar 1949-Ed. Depalma 1979.

COUTURE, E. *Los mandamientos del abogado*. Buenos Aires: Depalma, 1999.

CUETO RÚA, Julio César. *Una visión realista del derecho. Los jueces y los abogados*. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2000.

CHAYER, Héctor Mario. «El sistema judicial argentino y las tecnologías de la información». Artículo publicado el 5/10/2000. En *El Derecho. Revista Electrónica de Derecho informático* (R.E.D.I.), 2000, n.º 29, año XXXVIII.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil*. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1936, 3 vols.

DA SILVEIRA, Pablo. *Cómo ganar discusiones (o al menos cómo evitar perderlas*. Buenos Aires: Ed. Taurus, 2004.

DÍAZ DE VIVAR, E. «Afianzar la justicia a través de una adecuada gestión judicial». En *Revista El Derecho*, septiembre 2007, n.º 11.834, ED 224-721.

FISHER, Roger, William URY, Bruce PATTON. *Sí… de acuerdo. Cómo negociar sin ceder*. Bogotá: Editorial Norma, 1985.

GORE, A. *Creating a government that works better and cost less*. Washington D. C.: Government Printing Office, 1993.

KAMINKER, Mario E. «Algunas ideas sobre implementación de las reformas procesales. Hacia un ejemplo práctico». En *Jurisprudencia argentina*, 1998.

LONDOÑO JARAMILLO, Mabel. «La congestión y la mora judicial: El juez ¿su único responsable?». En *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Medellín, 2008, n.º 109, vol. 38.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *La pandemia y el Estado de derecho*. Recuperado de <https://www.clarin.com/opinion/pandemia-derecho_0_Cn2vdqRV9.html>.

MINTZBERG, Henry. *Diseño de organizaciones eficientes*. Buenos Aires: Editorial El Ateneo.

MORELLO, Augusto M. «Rasgos definitorios del moderno modelo de justicia. La importancia de la persona y sus garantías». En *El Derecho*, abril 1999, n.º 9727.

NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Ed. Grijalbo.

ONG, Walter. *Oralidad y escritura. Tecnologías de la palabra*. 1994. Recuperado de <www.razonypalabra.org.mx/N/N75/...75/14_Dominguez_M75.pdf>.

OSBORNE, David y Tedr GAEBLER. *La reinvención del Gobierno. La influencia del espíritu empresarial en el sector público*. Traducción de Marco Aurelio Galmarini y Fernando Pardo Gella. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1994.

OSSORIO Y FLORIT, Manuel y Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS. *Diccionario de derecho*. Buenos Aires: Ed. Heliasta, 2007, tomos 1 y 2.

RABBIBALDI CABANILLAS, Renato. *Dimensión filosófica de la labor interpretativa*. Buenos Aires: La Ley, 2008.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. Recuperado de <https://dle.rae.es/>.

SCHAFFROTH, Alfredo. «El deber de obrar con prudencia». En *Doctrina*, J.A. 1956-I, p. 47.

SENTÍS MELENDO, Santiago. «Humanización del proceso» (conferencia de inauguración de la nueva sede del Colegio de Abogados de Mar del Plata en 1965). En *Estudios de derecho procesal*. Buenos Aires: Editorial EJEA.

PERIODO DE ENFRIAMIENTO Y TUTELA CAUTELAR PREVIA A LA CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL: ¿ES POSIBLE INICIAR UN ARBITRAJE DE EMERGENCIA DURANTE EL PERIODO DE ENFRIAMIENTO?

Patricia Cruz Trabanino [*]

Sumario: 1. Introducción y planteo del tema.— 2. Alternativas para obtener tutela cautelar.— 2.1. Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Resolución de Disputas.— 2.2. Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.— 2.3. Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.— 2.4. Convenio del Ciadi, Mecanismo Complementario del Ciadi y Reglamento de Arbitraje CNUDMI.— 2.5. Resumen3. Periodo enfriamiento previo al inicio del arbitraje.— 3. Periodo enfriamiento previo al inicio del arbitraje.— 4. Posibilidad de iniciar un arbitraje de emergencia durante la pendencia del plazo de enfriamiento.— 4.1. Arbitrajes de emergencia en arbitrajes de inversión.— 4.2. Arbitrajes de emergencia en arbitrajes comerciales.— 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEO DEL TEMA

Supongamos que un inversor extranjero tiene un contrato de concesión con un Estado, por el cual el inversor tiene la obligación de construir un

[*] Ssociada sénior en el departamento de arbitraje internacional de Jenner & Block LLP, donde se especializa en arbitraje de inversión y comercial.

aeropuerto y el Estado le confiere al inversor el derecho al aprovechamiento económico de tal bien por un plazo de treinta años. El contrato contiene una cláusula arbitral el cual establece que en caso de una disputa las partes deben negociar por tres meses antes de iniciar un arbitraje.

Asimismo, entre el Estado de la nacionalidad del inversor y el Estado receptor de la inversión, existe un tratado bilateral de inversión («TBI») el cual le otorga al inversor extranjero la posibilidad de iniciar un arbitraje de inversión siempre que hubiera existido un periodo de negociación de seis meses previo a la presentación de la solicitud de arbitraje. En el décimo año de la concesión, invocando supuestos incumplimientos del inversor, el Estado decide unilateralmente rescindir el contrato de concesión. Dicho acto genera daños patrimoniales y extrapatrimoniales en el inversor que ve afectado su prestigio empresarial y sus ingresos. Como consecuencia de ello, el inversor inicia negociaciones con el Estado en cumplimiento del TBI y el contrato, sin embargo, para impedir el agravamiento de los daños el inversor pretende obtener una medida cautelar para preservar la situación contractual previa a la rescisión unilateral del contrato. Frente a dicha situación cabe preguntarse: (i) ¿Cuáles mecanismos tiene disponible el inversor para obtener una medida cautelar?; y (ii) ¿Puede el inversor solicitar una medida cautelar durante el período de enfriamiento o negociación acordado en el contrato y el tratado, o debe esperar a la culminación de dicho periodo?

En el presente artículo intentaremos dar respuesta a dichas interrogantes. En tal sentido, en primer lugar, analizaremos las alternativas que tienen los demandantes a la hora de obtener tutela cautelar previa a la constitución del tribunal. En segundo lugar, veremos lo que implica el periodo de enfriamiento o de negociación, las interpretaciones que los tribunales le han dado al mismo y las consecuencias que su incumplimiento acarrea. En tercer lugar, estudiaremos si es posible iniciar un arbitraje de emergencia durante la pendencia del periodo de enfriamiento. Finalmente, expondremos nuestras conclusiones sobre la temática objeto del presente artículo.

2. ALTERNATIVAS PARA OBTENER TUTELA CAUTELAR

El tiempo que insume la resolución de un proceso judicial puede amenazar la propia existencia de los derechos en juego y la eficacia de la sentencia definitiva. En respuesta a este riesgo y para asegurar que la sentencia definitiva sea eficaz, los ordenamientos jurídicos de cada Estado normalmente regulan un proceso en donde cualquiera de las partes (generalmente, el demandante), si se dan determinados requisitos,[1] puede obtener antes o durante el proceso principal, el dictado de una medida cautelar tendiente a preservar o evitar la frustración de un derecho.[2] Cuando las partes han acordado resolver sus disputas mediante arbitraje cabría preguntarse si dicha posibilidad aún persiste. En principio, la respuesta a la interrogante planteada es positiva, sin embargo, es importante analizar las normas arbitrales elegidas por las partes y el momento en que dichas medidas cautelares se piden.[3] Esto es, las partes aun cuando hayan acordado resolver sus disputas mediante arbitraje, en principio, tienen la posibilidad de solicitar medidas cautelares ante las cortes locales.[4]

---

1 Generalmente, dichos requisitos son la existencia del *fumus bonis iuris* (o humo del buen derecho), *periculum in mora* (o peligro de la demora) y contracautela. Ver, por ejemplo: Código Procesal Civil de la República del Perú, artículo 611; Código Procesal Civil de la República de Paraguay, artículo 693; Código Procesal Civil de la República Plurinacional de Bolivia, artículo 311.

2 Ver por ejemplo: Código Procesal Civil de la República del Perú, Título IV de la Sección Quinta; Código Procesal Civil de la República del Paraguay, Título XIV del Libro II; Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay, Título II del Libro II.

3 A modo de ejemplo, en el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio International (ICC), una vez constituido el tribunal, las partes pueden pedir medidas cautelares a las cortes locales «en circunstancias apropiadas» (artículo 28 (2)). En el caso del Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), luego de constituido el tribunal, las partes pueden pedir medidas cautelares ante cortes locales «en circunstancias excepcionales» (artículo 25.3). Los Reglamentos de Arbitraje del Centro Internacional de Resolución de Disputas (ICDR) y Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC) no contienen dicha limitación temporal. En el caso de las Reglas de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi), la Regla 39 establece que las partes pueden solicitar medidas cautelares ante cortes locales «siempre que lo hayan estipulado en el convenio que registre su consentimiento».

4 Contrariamente a ello, en el caso *Gerald Metals S.A. c. Timis*, la alta Corte de Inglaterra sostuvo que, dado que las normas arbitrales aplicables (el Reglamento LCIA) preveían la posibilidad de

En el caso del arbitraje, las normas institucionales normalmente le otorgan al tribunal el poder de dictar medidas cautelares.[5] Sin embargo, la necesidad de obtener una medida cautelar en muchos casos no puede esperar hasta la constitución del tribunal. Frente a esa situación, las alternativas que tiene el demandante para obtener una medida cautelar previa a la constitución del tribunal van a depender de las normas que rijan al futuro arbitraje y del acuerdo arbitral. En este sentido, cuando las normas del arbitraje no regulan un mecanismo que le permita a las partes obtener una medida cautelar previo a la constitución del tribunal, la única alternativa para el demandante será recurrir a las cortes locales. Ello apareja varias dificultades, siendo las más notorias la pérdida de la confidencialidad y una probable lentitud en la tramitación del proceso cautelar.

En otras situaciones, las normas arbitrales elegidas por las partes incorporan la figura del arbitraje de emergencia, mecanismo que le permite a las partes obtener tutela cautelar de forma expedita previa a la constitución del tribunal.[6] En tal caso, si el acuerdo arbitral nada dice en contrario, el demandante tendrá la posibilidad de recurrir a la figura del árbitro de emergencia para solicitar medidas cautelares de forma previa a la constitución del tribunal.[7]

---

obtener medidas cautelares de forma previa a la constitución del tribunal, la participación de las cortes únicamente es posible bajo la ley de arbitraje de Inglaterra de 1996 si se demuestra que el árbitro de emergencia no tiene poder o no es posible que actúe efectivamente (Decisión de 21 de septiembre de 2016).

5 Convenio Ciadi, artículo 47; Reglamento de Arbitraje de la ICC, artículo 28; Reglamento de Arbitraje Uncitral, Artículo 26; Reglamento de Arbitraje SCC, artículo 37.

6 Ver, por ejemplo: Reglamento de Arbitraje del ICDR, artículo 7; Reglamento de Arbitraje ICC, artículo 29; Reglamento de Arbitraje SCC, Apéndice II; Reglamento de Arbitraje SIAC, Regla 30; Reglamento de Arbitraje de Inversión SIAC, Regla 27; Reglamento de Arbitraje LCIA, artículo 9B; Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, artículo 35.

7 La posibilidad de recurrir al árbitro de emergencia también ha sido reconocida por diversos ordenamientos jurídicos. Ver por ejemplo: en Perú: Decreto Legislativo n.° 1071, artículo 47, inc. 4; en Argentina: Ley n.° 27.449, artículo 21; en Uruguay, Ley n.° 19.636, artículo 9; en Bolivia: Ley n.° 708, artículo 67.

Los requisitos para dar inicio al arbitraje de emergencia en los distintos reglamentos de arbitraje no son idénticos y dichas diferencias deben ser consideradas por la parte al momento de decidir cuál alternativa elegir para obtener tutela cautelar. A continuación, analizaremos brevemente las normas arbitrales más utilizadas en arbitrajes comerciales y de inversión, en lo referente a la solicitud de arbitraje de emergencia, la posibilidad de utilizarlo en arbitrajes de inversión y comercial, y su compatibilidad con la tutela cautelar judicial.

2.1. Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Resolución de Disputas

El Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Resolución de Disputas (ICDR) fue el primer reglamento en incorporar la figura del árbitro de emergencia en el año 2006. Actualmente, el Reglamento de Arbitraje del ICDR del 2021 regula el arbitraje de emergencia en el artículo 7, bajo el título «Medidas urgentes de protección». Dicho artículo establece que una parte puede solicitar una medida cautelar previo a la constitución del tribunal arbitral, mediante una notificación por escrito al Centro Internacional de Resolución de Disputas y a todas las demás partes, indicando: a) la naturaleza de la medida solicitada; b) las razones por las que esa medida es requerida con carácter de urgencia antes de la constitución del tribunal; c) las razones por las que tiene derecho a esa medida; y d) el daño que la parte sufrirá si la medida no es adoptada.[8] La particularidad del Reglamento de Arbitraje del ICDR es que el arbitraje de emergencia únicamente puede ser iniciado al mismo tiempo o después de la notificación de arbitraje.[9] Dicho requisito, como se verá a continuación, no se encuentra en los demás reglamentos de arbitraje.

Los requisitos que debe contener la notificación de arbitraje están mencionados en el artículo 2 del Reglamento de Arbitraje del ICDR, entre los cuales se incluye una descripción de la reclamación y los hechos

8 Reglamento de Arbitraje del ICDR (2021), artículo 7.1.
9 Reglamento de Arbitraje del ICDR (2021), artículo 7.1.

en los que se basa, la pretensión formulada y cualquier monto reclamado. Dado los mencionados requisitos, la preparación de una notificación de arbitraje puede insumir un tiempo considerable que potencialmente conspire contra la necesidad de obtener medidas cautelares urgentes y de forma expedita.

El Reglamento de Arbitraje del ICDR, si bien generalmente no es utilizado en arbitrajes de inversión, no contiene una distinción entre arbitrajes de inversión y arbitrajes comerciales. Por ende, ante el hipotético caso que dicho reglamento sea utilizado en un arbitraje de inversión, el demandante podrá recurrir al arbitraje de emergencia previo a la constitución del tribunal.

Finalmente, el Reglamento de Arbitraje del ICDR no impide que la parte solicite medidas cautelares ante órganos judiciales. El artículo 7 numeral 7 establece expresamente que ello no es incompatible con las normas ICDR ni con el acuerdo de arbitraje y no debe ser entendido como una renuncia a arbitrar la disputa.

2.2. Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo

El apéndice II del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC) del año 2017 contiene una regulación del arbitraje de emergencia. Conforme a dicho reglamento, la petición de nombramiento de árbitro de emergencia debe contener determinados requisitos, entre ellos, un resumen de la controversia, una declaración sobre las medidas provisionales pretendidas y las razones para requerirlas, comentarios sobre la sede del procedimiento de emergencia, el derecho aplicable y el idioma del procedimiento.[10] A diferencia del Reglamento de Arbitraje del ICDR, no es necesario presentar la solicitud de arbitraje de forma previa o concomitante a la petición de medidas de emergencia.

[10] Reglamento de Arbitraje de la SCC (2017), apéndice II, artículo 2.

Asimismo, el Reglamento de Arbitraje de la SCC no contiene una distinción entre arbitrajes de inversión o arbitrajes comerciales, por lo que el mecanismo del arbitraje de emergencia podría ser utilizado en ambos arbitrajes. De hecho, y dado que el arbitraje SCC ha sido acordado en sesenta y un tratados bilaterales de inversión,[11] la gran mayoría de los casos de arbitraje de emergencia en materia de inversión han sucedido en casos bajo el Reglamento de Arbitraje de la SCC.[12]

El Reglamento de Arbitraje SCC guarda silencio sobre la posibilidad de solicitar ante las cortes locales medidas cautelares previas a la constitución del tribunal. El artículo 37 numeral 4, que se refiere genéricamente a «medidas provisionales», establece que una solicitud de medidas provisionales ante una autoridad judicial no es incompatible con el acuerdo arbitral ni con el Reglamento de Arbitraje de la SCC. Sin embargo, el propio artículo 37 establece en su numeral 4 que las medidas provisionales solicitadas antes de la constitución del tribunal se rigen por el Apéndice 2 que, como vimos, guarda silencio sobre la posibilidad de pedir medidas cautelares previo a la constitución del tribunal. Por ende, podría existir la duda interpretativa sobre si, conforme al Reglamento de la SCC, pueden o no pedirse medidas cautelares ante órganos judiciales antes de la constitución del tribunal arbitral.

2.3. Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional

El Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) del año 2021 regula el arbitraje de emergencia en el artículo 29 y en el Apéndice V. Conforme al Apéndice V, la petición debe contener,

---

11 Ver: https://sccinstitute.com/our-services/investment-disputes/.

12 Los casos conocidos son: TSIKInvest LLC c. Moldavia, Caso SCC n.° 2014/053; Griffin Group c. Polonia, Caso SCC n.° 2014/183; JKX Oil & Gas, Poltava Petroleum Co. c. Ucrania, Caso SCC n.° 2015/002; Evrobalt LLC c. Moldavia, Caso SCC n.° 2016/82; Kompozit LLC c. Moldavia, Caso SCC n.° 2016/95; Puma Energy Holdings (Luxembourg) SARL c. Benín, Caso SCC n.° 2017/092; Mohammed Munshi c. Mongolia, Caso SCC n.° 2018/007; Okuashvili c. Georgia, Caso SCC (número desconocido).

entre otros elementos, una descripción de las circunstancias que han dado origen a la petición y de la controversia subyacente sometida o a ser sometida a arbitraje, una indicación de las medidas de emergencia solicitadas y las razones por las cuales el peticionario necesita medidas provisionales o conservatorias urgentes que no pueden esperar a la constitución del tribunal arbitral.[13] Tal como surge de dicha norma, bajo el Reglamento de Arbitraje de la ICC no es necesario presentar la solicitud de arbitraje de forma previa a concomitante a la petición de arbitraje de emergencia.

A diferencia del Reglamento de la SCC, el Reglamento de Arbitraje ICC excluye expresamente a los arbitrajes de inversión iniciados en base a un tratado de la posibilidad de iniciar un arbitraje de emergencia.[14] En tal sentido, el artículo 29 establece que las normas sobre arbitraje de emergencia no aplicarán cuando el acuerdo de arbitraje fue concluido antes del 1 de enero de 2012; cuando las partes han expresamente excluido el arbitraje de emergencia; o cuando el acuerdo de arbitraje está contenido en un tratado.[15]

Anteriores versiones del Reglamento de Arbitraje ICC no contenían dicha referencia expresa. Sin embargo, se entendía que el arbitraje de emergencia no aplicaba a los arbitrajes de inversión dado que el arbitraje de emergencia solo aplicaría «a las partes que sean signatarias del acuerdo de arbitraje bajo el Reglamento que sirve de base a la solicitud o que sean sucesoras de dichas signatarias».[16] Conforme al Reporte de la Comisión de la ICC, el propósito de dicha norma es excluir al arbitraje de inversión del alcance del arbitraje de emergencia dado que el inversor y el Estado demandado no son signatarios del acuerdo de arbitraje.[17]

---

13 Reglamento de Arbitraje ICC, Apéndice V, artículo 1.
14 Reglamento de Arbitraje ICC, artículo 29.
15 Reglamento de Arbitraje ICC, artículo 29 (6).
16 El artículo 29 (5) del actual Reglamento de Arbitraje ICC (2021) ya estaba presente en la versión del año 2017 y 2012.
17 Reporte de la Comisión de la ICC, «Estados, entidades estatales y arbitraje ICC», p. 6.

El artículo 28 y 29 del Reglamento de Arbitraje ICC establecen la posibilidad que la parte interesada recurra a las cortes locales para solicitar medidas cautelares.[18] Sin embargo, si ya se ha presentado la solicitud de arbitraje de emergencia, dicha posibilidad únicamente es permitida cuando existen «circunstancias apropiadas».[19] Igual requisito regula el artículo 28 cuando el tribunal ya se ha constituido.[20]

2.4. Convenio del Ciadi, Mecanismo Complementario del Ciadi y Reglamento de Arbitraje CNUDMI

El Convenio y las Reglas de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi), el Mecanismo Complementario y el Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario Ciadi y el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral) no contienen una regulación sobre el arbitraje de emergencia y no prevén un mecanismo que le permita a la demandante obtener una medida cautelar o provisional antes de la constitución del tribunal.

En el caso de arbitrajes bajo el Convenio Ciadi, la Regla de Arbitraje 39 establece un procedimiento que permite adelantar etapas para que, una vez constituido el tribunal, este pueda resolver lo más pronto posible la solicitud de medidas provisionales.[21] Conforme a la Regla 39, una vez presentada una solicitud de medidas cautelares antes de la constitución del tribunal, el Secretario General del Ciadi fijará un calendario para que las partes presenten observaciones a la solicitud.[22] Sin embargo, la decisión sobre la solicitud de medidas cautelares la hará

18 Reglamento de Arbitraje ICC, artículos 28 y 29.
19 Reglamento de Arbitraje ICC, artículos 29 (7).
20 Reglamento de Arbitraje ICC, artículos 28 (2).
21 Reglas de Arbitraje Ciadi, Regla 39 (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»).
22 Reglas de Arbitraje Ciadi, Regla 39 (5).

el tribunal una vez constituido. Por ende, dicho mecanismo si bien sirve para agilizar el trámite y adelantar etapas, no es idóneo para que una parte obtenga tutela cautelar previa a la constitución del tribunal.[23]

Tanto en el sistema Ciadi como en el sistema Uncitral, las normas establecen que no es incompatible solicitar medidas cautelares ante las cortes locales.[24] La Regla 39 del Ciadi dice expresamente que dicha solicitud puede hacerse tanto antes como después de incoado el procedimiento pero únicamente si se hubiera «estipulado en el convenio que registre su consentimiento».[25] El Reglamento de Arbitraje Uncitral guarda silencio sobre si es posible pedir medidas cautelares ante cortes locales antes de la constitución del tribunal, pero la solución parecería ser la misma al sistema Ciadi.

2.5. Resumen

Conforme a lo expuesto, en principio la parte que necesita obtener tutela cautelar previo a la constitución del tribunal, en principio, tiene abierta la posibilidad de recurrir a las cortes locales. Asimismo, dependiendo de las normas arbitrales aplicables, la parte interesada podrá obtener tutela cautelar mediante el inicio de un arbitraje de emergencia. Sin embargo, como regla general, dicha posibilidad no se encuentra disponible en arbitrajes de inversión, ya que las normas que rigen la mayoría de los arbitrajes de inversión —con excepción del Reglamento de Arbitraje de la SCC— no contienen una regulación sobre arbitraje de emergencia.[26] Respecto al inicio del arbitraje de emergencia, este puede ser presentado antes de la solicitud de arbitraje, excepto cuando el arbitraje se encuentra gobernado por el Reglamento de Arbitraje ICDR en donde la solicitud

---

23 Reglas de Arbitraje Ciadi, Regla 39 (5).

24 Regla de Arbitraje Ciadi, Regla 39 (6); Reglamento de Arbitraje Uncitral, artículo 26 (9).

25 Regla de Arbitraje Ciadi, Regla 39 (6).

26 El Reglamento de Arbitraje de Inversión del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC) y el Reglamento de Arbitraje de Inversión de la Comisión Económica y de Arbitraje Comercial de China (Cietac) contienen normas relativas a arbitrajes de emergencia. Sin embargo, dichas normas no han sido utilizadas a la fecha en arbitrajes de inversión.

de medidas de emergencia debe necesariamente realizarse conjuntamente o después de haber presentado la notificación de arbitraje.

3. PERIODO ENFRIAMIENTO PREVIO AL INICIO DEL ARBITRAJE

Los contratos y los tratados en ocasiones exigen que las partes negocien por un periodo de tiempo determinado previo al inicio del arbitraje. En los tratados bilaterales, dichas cláusulas se las conocen como «cláusulas de enfriamiento» o «cláusulas de espera».[27] En los contratos los periodos de negociación son generalmente parte de las llamadas «cláusulas escalonadas», es decir, cláusulas que imponen un sistema gradual para la solución de las diferencias y que incluye alguno o varios métodos de solución de controversias previo a llegar al arbitraje en caso de que los otros métodos no pongan fin a la controversia.[28]

3.1. Periodos de enfriamiento en tratados bilaterales de inversión

El 90 % de los TBI contienen un «periodo de enfriamiento» o «periodo de espera».[29] El periodo de tiempo más común es de seis meses pero algunos tratados imponen otros plazos.[30] Asimismo, algunos tratados simplemente establecen que las partes deben intentar resolver la disputa amigablemente,[31] mientras otros tratados son más específicos y utilizan expresiones tales como «negociaciones» o «consultas».[32] La finalidad de

---

27 Blackaby Nigel, Constantine Partasides, *et al.,* Redfern and Hunter on International Arbitration, 6th edition (Kluwer Law International. Oxford University Press, 2015), p. 458.

28 BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine *et al*., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6th edition (Kluwer Law International. Oxford University Press, 2015), p. 100.

29 POHL, J., K. Mashigo y A. Nohen (2012), "Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey", OECD Working Papers on International Investment, 2012/02, Publicación OECD, p. 17. Disponible en <http://dx.doi.org/10.1787/5k8xb71nf628-en>.

30 Ver, por ejemplo: TBI Austria-Egipto (2001), artículo 9, el cual impone un periodo de enfriamiento de 3 meses; y TBI Indonesia-España (1995), artículo X, el cual impone un periodo de enfriamiento de doce meses.

31 Ver, por ejemplo: TBI Venezuela-Reino Unido (1996), Artículo 8; TBI Suiza-Uruguay, artículo 10.

32 Ver, por ejemplo: TBI Austria-Irán, artículo 11; TLC Estados Unidos-Perú, Artículo 10.15.

este periodo de negociación es que las partes tengan la oportunidad de arribar a un acuerdo transaccional y evitarse así el arbitraje.[33] El inicio de este periodo de tiempo generalmente queda documentado en una carta en donde el inversor alega una violación al tratado en cuestión e invita al Estado a resolver la disputa amistosamente.[34] El contenido que debe tener dicha comunicación ha sido objeto de discusión por varios tribunales, los cuales en oportunidad han requerido una invocación de la violación al tratado[35] y en otros casos la mera referencia a una disputa aun cuando no se hubiera mencionado el tratado en cuestión.[36]

En diversos casos se ha discutido sobre la naturaleza del plazo de espera y la consecuencia jurídica de su incumplimiento. Existen por lo menos dos posturas, sin embargo, cada una de estas soluciones va a depender en gran medida del texto de la cláusula en cuestión por lo que advertimos que no existe una solución universal.

Una primera postura entiende que el incumplimiento de la obligación contenida en el tratado o contrato afecta el consentimiento de las partes y, por tanto, afecta la jurisdicción *ratione voluntatis* del tribunal.[37] En otras palabras, el consentimiento de las partes a arbitrar su disputa está sujeto al cumplimiento de la etapa de negociación. En tal sentido, si las partes han incumplido con negociar antes de iniciar el arbitraje, el

---

33 BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine *et al. Op. cit.*, p. 101.

34 Aravind Ganesh, Cooling Off Period (Investment Arbitration) (Max Planck Institute Luxembourg, 2017), p. 2.

35 Burlington Resources Inc. c. República de Ecuador, Caso Ciadi n.° ARB/08/5, Decisión sobre Jurisdicción (2 de junio de 2010), párrs. 335-336.

36 Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. c. República de Turquía, Caso Ciadi n.° ARB/11/28, Decisión sobre cuestiones jurisdiccionales bifurcadas (5 de marzo de 2013), párr. 83.

37 Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador, Caso Ciadi n.° ARB /08/4, Laudo sobre Jurisdicción (15 de diciembre de 2010), párr. 156; y Guaracachi America, Inc. y Rurelec PLC c. Estado Plurinacional de Bolivia, Cnudmi, Caso PCA n.° 2011-17, Laudo (31 de enero de 2014), párr. 390 («[E]l Tribunal concluye que, al menos en este caso, el "período de negociación previa» constituye una barrera de carácter jurisdiccional que condiciona la jurisdicción del Tribunal *rationae voluntatis*, dado que no corresponde a la Demandante decidir si notifica al Estado receptor de la inversión de la controversia ni cuándo hacerlo, igual que no corresponde a dicha demandante decidir cuánto tiempo deben esperar antes de presentar una solicitud de arbitraje»).

tribunal debería rechazar su jurisdicción. Esta fue la solución en el caso Murphy c. Ecuador, en donde el TBI Ecuador-Estados Unidos imponía la obligación de negociar por seis meses previo al arbitraje.[38] El tribunal de dicho caso concluyó que la negociación previa es una verdadera obligación de las partes, que no es opcional cumplir o incumplirla y que su incumplimiento acarrea la ausencia de jurisdicción del tribunal.[39]

Una segunda postura, entiende que el período de enfriamiento tiene naturaleza procesal, no obligatoria y, por tanto, su "incumplimiento" no afecta la jurisdicción del tribunal. Esta fue la posición seguida por el tribunal en SGS c. Pakistán el cual estableció que "los tribunales generalmente tendieron a tratar los períodos de consulta como etapas de naturaleza no obligatoria y procesal y no como obligatorias y jurisdiccionales".[40] Los tribunales que han seguido esta postura generalmente anali-

38 TBI Ecuador-Estados Unidos, Art. VI (3) (a) («Siempre y cuando la sociedad o el nacional interesado no haya sometido la diferencia, para su solución, según lo previsto por el inciso a) o el inciso b) del párrafo 2 y hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que surgió la diferencia, la sociedad o el nacional interesado podrá optar con consentir por escrito a someter la diferencia, para su solución, al arbitraje obligatorio…»).

39 Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador, Caso Ciadi n.° ARB /08/4, Laudo sobre Jurisdicción (15 de diciembre de 2010), párr. 149. Ver también: Almasryia for Operating & Maintaining Touristic Construction Co. L.L.C. c. Estado de Kuwait, Caso Ciadi n.° ARB/18/2, Laudo sobre Solicitud del Demandado bajo la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje Ciadi (1 de noviembre de 2019), párr. 48; Mabco Constructions c. República de Kosovo, Caso Ciadi n.° ARB/17/25, Decisión sobre Jurisdicción (30 de octubre de 2020), párr. 445.

40 SGS Société Générale de Surveillance SA c. República Islámica de Pakistán, Caso Ciadi n.° ARB/01/13, Decisión del Tribual sobre Objeciones a la Jurisdicción (6 de agosto de 2003), párr. 184; Ronald S. Lauder c. República Checa, Uncitral, Laudo (3 de septiembre de 2001), párr. 187; Westwater Resources, Inc. c. República de Turquía, Caso Ciadi n.° ARB/18/46, párr. 37.

zan la utilidad que las negociaciones podrían haber tenido para la solución de la disputa[41] y ponen énfasis en cuestiones de economía procesal[42] y en el daño que la ausencia de negociaciones le ocasionó al Estado.[43]

3.2. Periodos de negociación en los contratos

La consecuencia del incumplimiento de una cláusula escalonada va a depender, principalmente, de dos factores: (i) la redacción de la cláusula en cuestión; y (ii) el derecho aplicable en la sede del arbitraje. Al igual que sucede con el consentimiento contenido en los tratados de inversión, si el contrato condiciona el consentimiento a arbitrar eventuales disputas al cumplimiento de ciertos pasos previos, podría entenderse que el incumplimiento con alguno de esos pasos afecta el consentimiento y, por tanto, la jurisdicción del tribunal arbitral. En cambio, si dicho condicionamiento no se encuentra presente, podría sostenerse que la falta de cumplimiento de los pasos previos afecta la admisibilidad de una pretensión, pero no la jurisdicción del tribunal. Algunos autores y tribunales entienden que, en caso de ausencia de una solución clara en el acuerdo arbitral, la solución correcta es tratar a los procedimientos prearbitrales no como condiciones jurisdiccionales sino como elementos que afectan

41 Ver, por ejemplo: Westwater Resources, Inc. c. República de Turquía, Caso Ciadi n.° ARB/18/46, Orden Procesal n.° 2 (28 de abril de 2020), párr. 37.

42 Ver, por ejemplo: Christoph Schreuer, «Consent to arbitration» en *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press (2008), p. 846 («No tendría mucho sentido declinar la jurisdicción y enviar el partes de nuevo a la mesa de negociaciones si estas negociaciones son obviamente fútiles. Las negociaciones siguen siendo posibles mientras el procedimiento de arbitraje se encuentra pendiente. Aun si la iniciación del arbitraje hubiese sido prematura, obligar al demandante a iniciar el procedimiento de nuevo sería una solución sumamente antieconómica»).

43 Ver, por ejemplo: Westwater Resources, Inc. c. República de Turquía, Caso Ciadi n.° ARB/18/46, Orden Procesal n.° 2 (28 de abril de 2020), párr. 38.

la admisibilidad de una pretensión.[44] Esta última posición ha sido sostenida por tribunales judiciales de distintos países.[45]

4. POSIBILIDAD DE INICIAR UN ARBITRAJE DE EMERGENCIA DURANTE LA PENDENCIA DEL PLAZO DE ENFRIAMIENTO

Unos de los elementos que normalmente analizan los tribunales a la hora de resolver solicitudes de medidas cautelares es que el solicitante demuestre *prima facie* que el tribunal tiene jurisdicción.[46] Por tal motivo, los tribunales antes de emitir decisiones en arbitrajes de emergencia generalmente analizan si el incumplimiento del periodo de enfriamiento es un obstáculo a la jurisdicción del tribunal.

4.1. Arbitrajes de emergencia en arbitrajes de inversión

Conforme a lo observado anteriormente respecto a las distintas posiciones sobre al periodo de enfriamiento en el arbitraje de inversión, un demandado podría sostener que el incumplimiento con el periodo de enfriamiento determina que el tribunal carezca de jurisdicción y, por tal motivo, un árbitro de emergencia no tiene jurisdicción *prima facie* para dictar medidas cautelares. En respuesta a dicha objeción, los demandantes han sostenido diversas razones por las cuales el periodo de enfriamiento no aplicaría a los arbitrajes de emergencia, entre ellas: a) que el

---

44 Por ejemplo, Gary Born ha expresado: «Al interpretar el acuerdo de arbitraje de las partes, el mejor enfoque es suponer, en ausencia de evidencia en contrario, que los requisitos procesales previos al arbitraje no son "jurisdiccionales"». (BORN, Gary. «International Commercial Arbitration». Kluwer Law International, 2021, 3.ª edición, p. 1000).

45 Ver, por ejemplo: En Inglaterra: República de Sierra Leona c. SL Mining Ltd. (Sentencia de la Alta Corte de Justicia de Inglaterra de 2 de febrero de 2021); en Estados Unidos: BG Group c. República Argentina (Sentencia de la Corte Suprema de 2 de diciembre de 2013); en Singapur: BBA c. BAZ (Sentencia de la Corte de Apelaciones de 28 de mayo de 2020).

46 Ver, por ejemplo: Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún c. Estado Plurinacional de Bolivia, Caso Ciadi n.° ARB/06/2, Decisión sobre medidas cautelares (26 de febrero de 2010), párr. 108; Perenco Ecuador Ltd. c. República de Ecuador, Caso Ciadi n.° ARB/08/6, Decisión sobre medidas cautelares (8 de mayo de 2009), párr. 39.

periodo de enfriamiento solo aplica al arbitraje principal;[47] b) que exigir el cumplimiento del periodo de enfriamiento sería procesalmente injusto y desigual;[48] c) en solicitudes realizadas durante la pendencia del periodo de enfriamiento, que el cumplimiento de dicho plazo sería fútil;[49] y d) que el periodo de enfriamiento no es un obstáculo a la jurisdicción del tribunal.[50]

A pesar de las objeciones planteadas por los Estados, los tribunales en los pocos casos que son públicos han reconocido a los demandantes la posibilidad de iniciar un arbitraje de emergencia durante del periodo de enfriamiento. Dichos casos, si bien marcan una tendencia, no son suficientes como para arribar a conclusiones generales, más aún dado que el texto de cada tratado juega un rol fundamental en la interpretación de la naturaleza del período de enriamiento.

Como se dijo anteriormente, el único cuerpo normativo utilizado a la fecha en arbitrajes de inversión que permite el arbitraje de emergencia es el Reglamento de Arbitraje de la SCC, por tal motivo, los ejemplos de arbitraje de emergencia durante el periodo de enfriamiento se dan en arbitrajes bajo dichas reglas. El primer caso de arbitraje de emergencia en un arbitraje de inversión fue el caso TSIKInvest LLC contra la República de Moldavia, en donde el demandante solicitó medidas cautelares durante la pendencia del periodo de enfriamiento.[51] En tal caso el árbitro de emergencia sostuvo que el período de enfriamiento no impide que el demandante inicie un arbitraje de emergencia, ya que

47 TSIKinvest LLC c. República de Moldavia, Arbitraje de Emergencia SCC n.° EA (2014/053), Decisión de Emergencia (29 de abril de 2014), párr. 59; Evrobalt LLC c. República de Moldavia. Caso SCC n.° 2016/082, Laudo sobre Medidas de Emergencia (30 de mayo de 2016), párr. 21 (a).

48 TSIKinvest LLC c. República de Moldavia. Arbitraje de Emergencia SCC n.° EA (2014/053), Decisión de Emergencia (29 de abril de 2014), párr. 59.

49 TSIKinvest LLC c. República de Moldavia. Arbitraje de Emergencia SCC n.° EA (2014/053), Decisión de Emergencia (29 de abril de 2014), párr. 59.

50 Evrobalt LLC c. República de Moldavia. Caso SCC n.° 2016/082, Laudo sobre Medidas de Emergencia (30 de mayo de 2016), párr. 21.

51 TSIKinvest LLC c. República de Moldavia. Arbitraje de Emergencia SCC n.° EA (2014/053), Decisión de Emergencia (29 de abril de 2014), párr. 60.

negarle dicha posibilidad sería procesalmente injusto y contrario al propósito del arbitraje de emergencia, especialmente dado que el demandante sufriría un daño irreparable si se espera a la culminación del período de enfriamiento.[52]

En el caso Evrobalt LLC c. Moldavia el demandante también solicitó medidas de emergencia bajo el Reglamento de la SCC durante la pendencia del periodo de enfriamiento.[53] Al igual que en el caso anterior, el árbitro de emergencia sostuvo que ello no impedía que el demandante solicitara medidas de emergencia.[54] Sin embargo, las razones dadas por el tribunal fueron diferentes. En Evrobalt LLC el tribunal sostuvo que no era necesario dar cumplimiento del periodo de enfriamiento ya que ello sería fútil[55] dadas las circunstancias del caso.[56]

En el caso Kompozit LLC c. Moldavia, al igual que en los dos casos anteriores, el demandante presentó su solicitud durante la pendencia del periodo de enfriamiento. En dicho caso el tribunal también habilitó la posibilidad de iniciar un arbitraje de emergencia, pero esta vez en base a una lectura del tratado, el cual - conforme a la posición del tribunal - solamente obligaba a negociar por seis meses «en tanto fuese posible».[57] El árbitro de emergencia puso énfasis en la negativa del demandado de negociar y sostuvo que, dada la actitud del demandado, la negociación era imposible.[58] Por tal motivo, el demandante no tenía la obligación de

52 TSIKinvest LLC c. República de Moldavia. Arbitraje de Emergencia SCC n.° EA (2014/053), Decisión de Emergencia (29 de abril de 2014), párr. 66.

53 Evrobalt LLC c. República de Moldavia. Caso SCC n.° 2016/082, Laudo sobre Medidas de Emergencia (30 de mayo de 2016), párr. 20.

54 Evrobalt LLC c. República de Moldavia. Caso SCC n.° 2016/082, Laudo sobre Medidas de Emergencia (30 de mayo de 2016), párr. 22.

55 Evrobalt LLC c. República de Moldavia. Caso SCC n.° 2016/082, Laudo sobre Medidas de Emergencia (30 de mayo de 2016), párr. 23.

56 El tribunal de Evrobalt LLC resalta en su decisión que el demandado había manifestado su decisión de no revocar la medida que dio origen a la disputa.

57 Kompozit LLC c. República de Moldavia. Caso SCC n.° 2016/095, Laudo de emergencia sobre medidas cautelares (14 de junio de 2016), párr. 55, 56.

58 Kompozit LLC c. República de Moldavia. Caso SCC n.° 2016/095, Laudo de emergencia sobre medidas cautelares (14 de junio de 2016), párr. 55.

esperar que se cumpla el plazo del periodo de enfriamiento y estaba habilitado a someter la disputa a arbitraje.[59]

Aún no existen ejemplos públicos de medidas de emergencia solicitadas de forma previa al envío de la notificación de disputa. Dados los argumentos ofrecidos por los tribunales en los casos mencionados, parecería que ello no sería un obstáculo para que los demandantes soliciten medidas de emergencia previo a dicha notificación, aunque consideraciones relativas al debido proceso y el interés en fomentar la resolución amigable de diferencias podrían llevar a una conclusión diferente.

4.2. Arbitrajes de emergencia en arbitrajes comerciales

Como hemos visto, la mayoría de las normas arbitrales que regulan los arbitrajes comerciales prevén la posibilidad de un arbitraje de emergencia previo a la constitución del tribunal.[60] Suponiendo que el incumplimiento de las condiciones previas al arbitraje no representa un obstáculo a la jurisdicción del tribunal, no existiría impedimento alguno para solicitar el inicio de un arbitraje de emergencia durante la pendencia del plazo de enfriamiento. Sin embargo, dicha conclusión va a depender en gran medida del texto de la cláusula arbitral y de la interpretación que realicen los tribunales del lugar de la sede del arbitraje.

5. CONCLUSIONES

Las respuestas a las interrogantes planteadas en el presente artículo van a depender de tres factores: (i) el acuerdo arbitral; (ii) las normas que

---

59 Kompozit LLC c. República de Moldavia. Caso SCC n.° 2016/095, Laudo de emergencia sobre medidas cautelares (14 de junio de 2016), párr. 56.

60 Reglamento de Arbitraje del ICDR, artículo 7; Reglamento de Arbitraje ICC, artículo 29; Reglamento de Arbitraje SCC, Apéndice II; Reglamento de Arbitraje SIAC, Regla 30; Reglamento de Arbitraje LCIA, artículo 9B; Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, artículo 35.

regulan el arbitraje, y (iii) la interpretación que se haga respecto a la naturaleza del arbitraje de emergencia y el periodo de enfriamiento.

En principio, y salvo que el acuerdo arbitral diga algo en contrario, la posibilidad de recurrir a un arbitraje de emergencia estará determinada por las normas que regulen el arbitraje. Dicha posibilidad generalmente se encuentra en reglamentos de arbitraje comercial. En cambio, en arbitrajes de inversión la regla es la opuesta, ya que las normas arbitrales más utilizadas no regulan la posibilidad de iniciar un arbitraje de emergencia. En tal caso, la única alternativa que tendrán los demandantes será recurrir a las cortes locales en busca de tutela cautelar.

Respecto a la posibilidad de iniciar un arbitraje de emergencia durante la pendencia del periodo de enfriamiento, si bien no existe un número de casos que permita arribar a conclusiones generales, existe una tendencia de los tribunales a permitir acudir al arbitraje de emergencia de forma previa a la culminación del periodo de enfriamiento. Las razones invocadas por los tribunales son diversas y van desde la naturaleza del periodo de enfriamiento y del arbitraje de emergencia, hasta razones de justicia y equidad. La tendencia a permitir el uso del arbitraje de emergencia durante la pendencia del periodo de enfriamiento es notoria tanto en arbitrajes de inversión como en arbitrajes comerciales. El paso del tiempo y la mayor cantidad de casos servirán para saber si dicha tendencia se consolida en el futuro.

ARBITRAJE EN EQUIDAD: SU EVOLUCIÓN EN EL TIEMPO

Patricia Vera Nieto *

Sumario: 1. ¿Qué es un arbitraje de equidad?— 2. Origen filosófico de la equidad.— 2.1. Platón y Aristóteles.— 2.2. Santo Tomás de Aquino, la escolástica y el racionalismo.— 3. La equidad como fuente de derecho.— 4. Principios constitucionales y legales del arbitraje en el Ecuador.— 4.1. Historia del arbitraje y su evolución en el Ecuador.— 4.2. Ley de Arbitraje Comercial de 1963.— 5. Arbitraje en equidad en Ecuador.— 5.1. Antecedentes históricos.— 5.2. Procedimiento.— 6. El arbitraje en equidad en la actualidad.

1. ¿QUÉ ES UN ARBITRAJE EN EQUIDAD?

«Verdad sabida y buena fe guardada» o *ex aequo et bono* es el principio que determina la actuación de los árbitros o amigables componedores que resuelven en función de la sana crítica, facultad otorgada por las partes o por mandato de la ley.[1]

* Abogada por la Universidad de las Américas UDLA, Máster en arbitraje y litigio internacional por la Universidad San Francisco de Quito. Directora del Centro de Arbitraje y Mediación Amcham Quito. Árbitro del Centro de Arbitraje y Mediación de las Cámaras de la Producción del Azuay. Secretaria Arbitral, Centro Internacional de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Industrias y Cámara Ecuatoriano Británica CIAM Quito, Ecuador.

1 SALCEDO VERDUGA, Ernesto. *El arbitraje: la justicia alternativa*. Guayaquil: Editorial Jurídica Míguez Mozquera, 2001, p. 67.

En este tipo de arbitraje ya sea estipulado por las partes o de conformidad con la norma legal que lo regula, el laudo que expida el tribunal arbitral no está obligado a ser motivado en base a la normativa legal establecida, dejando abierta la potestad de juzgar de los árbitros y sometiéndolos únicamente a seguir las normas establecidas por el debido proceso o lo determinado por las partes en cuanto al procedimiento que deberá seguir el arbitraje.

El árbitro o amigable componedor expide su laudo de conformidad con su leal saber y entender en base a la *buena fe* y a la *verdad sabida*.[2]

El ámbito en el cual los árbitros resuelven en este sentido es mucho más extenso y totalmente discrecional de ellos mismos. La facultad de juzgar no se limita a las normas sustantivas del derecho; sino a la experiencia y conocimiento en cuanto a la materia de que se trata el arbitraje y también a los principios éticos y morales de la humanidad. Esto no excluye que los árbitros deban motivar debida y claramente su decisión, más bien en este tipo de arbitrajes quizás se requiera una motivación más extensa y detallada de porque el tribunal decide en tal sentido, como lo analizaremos más adelante.

Para José María Roca Martínez, la Equidad es entendida como «el sentido natural de lo justo» lo cual permite que la resolución de las controversias sea más flexible y conforme a lo aplicable a cada caso, con el fin de obtener un determinado concepto de justicia.[3]

El juzgar conforme a la equidad entendida como el leal saber y entender de los *amigables componedores* otorga la facultad de solucionar los conflictos no solamente desde un punto de vista estrictamente jurídico sino también en sentido general, que muchas veces las limitaciones establecidas por las normas de derecho impiden que se haga justicia, por tratarse de casos no contemplados estrictamente por la ley.

---

2 FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara y Hebe LEONARDI DE HERBÓN. *Ob. cit.*, p 13.

3 ROCA MARTÍNEZ, José María. *Ob. cit.*, p. 103.

Es muy importante destacar el papel que tienen los árbitros que resuelven en equidad, ya que el no tener que motivar su laudo en base a normas instituidas por el derecho tampoco implica que pueden emitir su resolución de manera arbitraria desconociendo el ordenamiento jurídico establecido tal como se lo mencionó en líneas anteriores.[4]

La observancia del ordenamiento jurídico establecido en el arbitraje de equidad garantiza la seguridad del procedimiento, así como también precautela el derecho al debido proceso y legítima defensa de las partes reconocido por el Estado.

El arbitraje en equidad es sin duda alguna el vínculo más fuerte con los orígenes del arbitraje como tal, tomando como fundamento principal el hecho de depositar la confianza de las partes en los árbitros para que decidan y resuelvan respecto de una controversia, como se lo hacía en la antigüedad.

Existen casos en que las normas de derecho no bastan para hacer justicia, y es necesario recurrir a la aplicación de conocimientos y criterios del leal saber de quienes han sido escogidos para resolver un conflicto, tomando en consideración su especialidad y reconocida experiencia que, en ciertos casos es mucho más acertada que la normativa establecida que si bien puede ser legal pero no siempre será justa.

---

4 Si fuese legalmente posible que los árbitros «[…] pudiesen actuar en cualquier forma que ellos tengan a bien con tal que sea de buena fe y sin engaño, prescindiendo del ordenamiento jurídico, se habría legitimado la arbitrariedad, y establecido un estado de inseguridad incompatible con la certeza que requieren las transacciones comerciales». Carlos R.S. Alconada Aramburú «Arbitraje y abogacía». Monografías jurídicas. Abeledo Perrot. Conferencia pronunciada en el mes de agosto de 1961 en el Colegio de Abogados de Rosario, Argentina. Citado por Ernesto Salcedo Verduga. *Ob. cit.*, p. 71.

2. ORIGEN FILOSÓFICO DE LA EQUIDAD

2.1. Platón y Aristóteles

Para Platón la teoría de los valores determina la identificación entre el ser y el valor. Aparecen los valores con características respecto de una existencia real, los cuales reflejan la idea de su esencia.[5]

Luego de la influencia Socrática, surge la inquietud sobre la esencia y la unidad de las virtudes, y es lo que conlleva a Platón a determinar que los valores morales son deseados no solo por lo que ellos significan sino también por lo que conllevan, utiliza así la relación entre bien y felicidad.

Surge entonces la concepción de la equidad de manera evolutiva, teniendo como primera instancia la república y lo político, en las cuales se considera por encima de las leyes, se encuentra el hombre político, dotado de prudencia y sabiduría quien tiene el don de apreciar y determinar qué es lo justo y como aplicarlo a cada caso.[6]

Sin embargo, luego de que se consolidan las leyes, en virtud de la dificultad de encontrar a hombres sabios y prudentes que sepan cómo aplicar la equidad, se le da en un inicio más importancia a las leyes sobreponiéndolas sobre los hombres. No obstante, se llega a la conclusión de que lo ideal no son solo las leyes sino la existencia de un hombre sabio y prudente que sepa aplicarlas al caso concreto como tal.

La objetividad de los valores y de los juicios de valor son representados en la Ley, la cual tenía por objeto mantener el orden y el bien de las ciudades, las mismas que surgían en función de las distintas necesidades.[7]

---

5 ORDÓÑEZ NORIEGA, Eugenia. «Entorno a la equidad como fuente del derecho». Tesis de grado por la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1997, p. 27.

6 FALCÓN TELLA, María José. «La equidad en el tiempo. Estudio dinámico de los distintos tipos históricos de equidad», p. 5. Disponible en <http://www.vlex.com/vid/330187>.

7 ORDÓÑEZ NORIEGA, Eugenia. «Entorno a la equidad como fuente del derecho». *Ob. cit*., p. 28.

Necesidades que en la medida en que se van presentando, no son abarcadas por la ley, puesto que en ciertos casos esta por más de ser correcta no es justa.

Es cuando surgen las críticas a la rigidez de la ley positiva, las que consecuentemente originan el análisis que realiza Platón en su obra *El político*[8] en uno de sus diálogos entre «el extranjero y el joven Sócrates» expresa la necesidad de la existencia de hombres dotados de sensatez, ya que además de que la función legislativa se apegue al ámbito real, son los hombres quienes podrán discernir entre lo mejor y lo más justo.

Es interesante la competencia que establece Platón en cuanto a la Ley, refiriéndose a esta como un arte real, la cual no siempre revela lo simple y válido en todos los casos cuando se trata de aplicarlos a las acciones y hechos humanos las que se encuentran en constantes cambios, propios de los hombres.

Consecuentemente Platón le otorga a la equidad una connotación con carga negativa, debido a que la considera como una «desviación, excepción o debilidad» que se sale de la justicia general.[9]

Estas reflexiones, sin duda, despiertan en Aristóteles la búsqueda y el desarrollo de la equidad como solución a la rigidez de la norma legal, lo cual a diferencia de Platón surge como una connotación positiva, ya que emerge con la función de corregir los vacíos o desviaciones de la ley.

Para Aristóteles la Equidad no es igual a lo justo legal, sin estar desapegada a la justicia en general, la equidad abarca lo justo, pero en

---

8 PLATÓN. *Diálogos.* Madrid: Editorial Gredos, 1988, pp. 583 y ss.

9 FALCÓN TELLA, María José. «La equidad en el tiempo. Estudio dinámico de los distintos tipos históricos de equidad», p. 5. Disponible en <http://www.vlex.com/vid/330187>.

sentido superior puesto que proviene también de lo justo natural o de la justicia divina.[10]

Es así como Aristóteles considera a la equidad como una virtud del hombre, más que la expresión o la manifestación de ser el arte de saber gobernar, a diferencia de Platón, lo liga a la esencia pura del hombre misma y no específicamente a la de los gobernantes o políticos.[11]

Siendo la razón de ser de la equidad el velar porque la norma o la técnica no se olviden de la ética y de la moral, apegada a lo justo natural, lo cual permite aplicarla a cada caso en concreto a diferencia del origen de la norma positiva que abarca y se crea con una perspectiva universal.

Aristóteles cataloga a la justicia en sentido genérico, teniendo la equidad una noción específica, la cual desempeña una función correctiva para subsanar los vacíos y la rigidez de la aplicación de la ley.[12]

En ciertos casos la ley, al ser «general y universal» sin dejar de ser legal puede también ser injusta, al no suplir todas las características propias del caso al que se la esté aplicando. Por otro lado, la equidad es la justicia aplicada al caso concreto, a la cual se puede recurrir en todo tipo de circunstancias, aunque no necesariamente estén previstas en la norma positiva.

Aristóteles comparaba a la equidad con la regla de plomo que se utilizaba en Lesbos, en la que para la construcción de las piedras poligonales se utilizaba está regla para poder ubicar la piedra exacta que

---

10 CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. «El arbitraje en equidad». *Vniversitás*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, junio, n.° 105. Artículo publicado en la Red de Revistas científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal. Universidad Autónoma del Estado de México, http://redalyc.uaemex.mex, p. 367.

11 FALCÓN TELLA, María José. «La equidad en el tiempo. Estudio dinámico de los distintos tipos históricos de equidad». Disponible en <http://www.vlex.com/vid/330187>.

12 GAMBOA MORALES, Ernesto. «El arbitraje en equidad». Santa Fé de Bogotá: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2003, p. 58.

encajara con la antes colocada, de esta forma se relaciona a la equidad como la ley aplicada en la medida exacta al caso concreto.[13]

De esta manera Aristóteles establece la función de la equidad siendo esta la justicia del caso concreto a la que se puede recurrir no solo paralela con la Ley, sino también en los casos en que el Legislador o la misma norma positiva dejen vacíos o actúen de forma legal, pero pese a ello no deja de ser injusta.

Nace de la filosofía griega y de toda esta época el término *epieíkeia*[14] el cual proviene de la naturaleza misma de las cosas y que Aristóteles en sentido moral lo enfoca dentro de la teoría de las virtudes, las cuales son el nivel intermedio que existe entre los extremos, generando un equilibrio y un balance entre estos.

La justicia es una de estas virtudes que se complementa con la equidad.

2.2. Santo Tomás de Aquino, la escolástica y el racionalismo

En la etapa medieval cuando surge el cristianismo como consecuencia de que la cultura había sido depositada en los monasterios, el concepto de la Equidad se orienta hacia la religión dentro del plano de los valores siendo esta considerada como la misericordia, justicia benévola proveniente de lo divino específicamente de Dios.

Es considerada por el cristianismo como «una justicia suavizada por la dulzura de la misericordia» lo cual determina fundamentalmente la

---

13 Referencia utilizada por MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Manual de introducción al derecho*. Bogotá: Temis, 1971, p. 208. Citado por Ernesto Gamboa Morales. «El arbitraje en equidad». *Op. cit.*, p. 51.

14 La raíz de donde procede el término griego «epieíkeia» es «eikás», que significa lo que se añade a una cosa y que responde a su íntima naturaleza. CARLO FADDA: L'equiti e il método nei giureconsulti romani. Macerata. Bianchini, 1881, p. 20. Citado por María José Falcón Tella, «La equidad en el tiempo. Estudio dinámico de los distintos tipos históricos de equidad». *Ob. cit.*, p. 4.

diferencia entre la equidad romana y la equidad cristiana, siendo esta el poder y fuerza religiosa que refleja a la equidad como «la majestad de Dios».[15]

El cristianismo sostiene que solamente el poder infinito de Dios es capaz de proporcionar la verdadera equidad, la cual sobre pasa los límites jurídicos y se aplica por medio del amor.

Se trata entonces de una revolución, la cual radica en el interior de cada persona, partiendo de su propio corazón y trascendiendo el mal con el bien, adquiere entonces la equidad en cierta forma el significado de dulzura.

Para Santo Tomás de Aquino, el concepto de equidad coincide y se asemeja mucho al de Aristóteles el cual se manifiesta principalmente en la escolástica.

Considera que para poder respetar y mantener el espíritu de las leyes, es necesario el desapego al tenor literal de estas, para lo cual es fundamental poseer y estar con la virtud.[16]

Es interesante la importancia de las virtudes que caracterizan a la concepción de la equidad según Santo Tomás de Aquino, ya que en esta época se genera una conciencia social en la que, a través de los mandamientos, como en el cristianismo; por ejemplo, se fortalecen las virtudes las cuales no solo ayudan a las personas de manera individual, sino a ser más justos y equitativos en el ámbito social.

Santo Tomás de Aquino define a la equidad como «la virtud que, prescindiendo de la letra de la ley, sigue las exigencias de la justicia y el

15 FALCÓN TELLA, María José. «La equidad en el tiempo. Estudio dinámico de los distintos tipos históricos de equidad», p. 19. http://www.vlex.com/vid/330187.

16 *Idem*, p. 21.

bien común» considerando que la interpretación de la ley es más perfecta que la simple aplicación de esta.[17]

Posteriormente, con el paso del tiempo se van generando contraposiciones a los primeros conceptos de equidad.

Surge la época en la que predomina y prevalece el uso de la razón, seguida por la época del positivismo del siglo XIX en el cual la desconfianza de la arbitrariedad judicial genera la creación de bases jurídicas que delimiten y establezcan mediante Códigos y Constituciones el marco jurídico en base al cual se regirá la sociedad.

3. LA EQUIDAD COMO FUENTE DE DERECHO

Desde la antigüedad las sociedades y los Estados han utilizado, como mecanismo para solucionar conflictos, a un elemento trascendental como la equidad.

«Dar a cada uno lo suyo» ha sido el lema utilizado desde principios de la humanidad para mantener un orden social armonizado y promulgar el bienestar común, fortaleciendo los valores y principios éticos y morales en cada uno de los seres humanos para un mejor desarrollo de la sociedad.

Es así como la equidad[18] se convierte en un principio fundamental el que en la medida que fue evolucionando ha sido recogido por la ley y se constituye como fuente del derecho.

---

17 *Idem,* p. 22.

18 «Equidad: Bondadosa templanza habitual; propensión a dejarse guiar, o a fallar, por el sentimiento del deber o de la conciencia, más bien que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la ley». *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: 1987, 20.ª edición, tomo III.

4. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES DEL ARBITRAJE EN EL ECUADOR

4.1. Historia del arbitraje y su evolución en el Ecuador

Así como el Arbitraje tiene sus orígenes en épocas antiguas, su historia en el Ecuador comienza en aquellos tiempos en los que los seres humanos, en virtud de satisfacer las necesidades que se presentaban en la sociedad acudieron a otro tipo de mecanismos para hacer justicia, en los que la voluntad de las partes prevalecía y otorgaba la competencia a terceras personas para resolver sobre un conflicto, excluyendo de esta manera la jurisdicción ordinaria que posteriormente estableciera el Estado.

De esta manera la voluntad de las partes otorga y genera efectos relevantes por un lado a quienes han sido facultados, por ellas mismas, de la potestad de juzgar y resolver respecto de una determinada controversia; y, por otro lado, a ser de carácter obligatorio para las partes el acatar la resolución que emitan los árbitros, siempre que en el compromiso en el que se manifiesta su voluntad no se estableciera el derecho a apelar a la resolución que pusiera fin a la controversia.

Los primeros aparecimientos del arbitraje en nuestro sistema datan en la Constitución Política de la Monarquía Española promulgada el 19 de marzo de 1812, cuyo artículo 280 versa: «No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes».[19]

En esta época prevalecía la voluntad únicamente de los españoles, de someterse a la resolución de árbitros escogidos por *ambas partes,* con

---

19 CHACÓN CORADO, Mauro Roderico. «La conciliación y el arbitraje como instrumento para la solución de Conflictos en Guatemala». Artículo publicado en el libro *El arbitraje en el derecho latinoamericano y español*. Citado por Ernesto Salcedo, *El arbitraje la justicia alternativa*. *Ob. cit*., p. 41.

lo que se puede considerar el compromiso arbitral como la norma que originaba el arbitraje, prevaleciendo esta ante cualquier otra norma que sometiera a los españoles a la justicia común u otro tipo de jurisdicción.

El derecho que tenían los españoles de someter sus controversias a la resolución de *jueces árbitros* como lo denominaba la Constitución de la Monarquía española, fue evolucionando con el paso del tiempo y sirvió como precedente para la consagración del Arbitraje en el Ecuador.

Posteriormente, el arbitraje fue utilizado como método para solucionar el conflicto limítrofe entre Ecuador y Perú en el año de 1887. Surge como mecanismo de solución de dicho conflicto por el pedido que hizo el Ministro Plenipotenciario de Perú en Quito, el señor Emilio Bonifaz, quien expresó la voluntad del gobierno peruano de someterse a un arreglo limítrofe entre Perú y Ecuador, mediante decisión arbitral.

En atención a dicho pedido el señor Emilio Bonifaz, como representante de Perú, y don Modesto Espinoza, en representación del Ecuador, firmaron el convenio mediante el cual manifestaban la voluntad soberana de los dos gobiernos, de someterse a la decisión arbitral que en *derecho* emitiera el Rey de España como árbitro único, la que sería de carácter inapelable y definitivo.[20]

Es en esta época en donde se recurre a la práctica del arbitraje en el Ecuador, en el ámbito internacional, teniendo en cuenta las escasas soluciones existentes que pusieran fin a un conflicto limítrofe en aquella época, en el cual, evidentemente, cada una de las partes defendería sus propios intereses, por lo que se determinó que dicho conflicto sería sometido a la resolución del Rey de España, utilizando como mecanismo de resolución el arbitraje.

---

[20] ALVARADO GARAICOA, Teodoro. *Sinopsis del derecho territorial ecuatoriano*. Guayaquil: Editorial Cervantes, 1952, p. 207. Citado por Ernesto Salcedo «El arbitraje: la justicia alternativa». *Ob. cit.*, p. 42.

La confianza depositada por las partes en los terceros para que pongan fin a una controversia es la característica esencial y de donde surge el arbitraje. En este caso, la figura y la representación ejercida por el Rey de España desde la llegada de los españoles y la influencia de este en la Colonia, dio origen a la sugerencia realizada por el representante de Perú, la cual, luego de ser acogida por el Gobierno ecuatoriano, se concretó en la suscripción de un convenio que dio paso al arbitraje.

La resolución que se esperaba en este caso del árbitro único, nunca se emitió puesto que el Rey de España se inhibió de seguir conociendo la causa.[21]

En 1894 también surgió la posibilidad de iniciar un arbitraje que pusiera fin a un problema limítrofe suscitado entre Perú y Colombia, por lo que se celebró una conferencia tripartita, conformada entre Ecuador, Perú y Colombia, en la que se sugería someter el conflicto a un arbitraje de derecho y equidad, debido a que un arbitraje, en estricto derecho, podría desencadenar una guerra según lo reconocieron en dicha conferencia. El arbitraje no fue procedente, puesto que el Gobierno ecuatoriano no aceptó la convención tripartita, porque entre Colombia y Perú está de por medio el territorio ecuatoriano, por tanto, mal podría existir un conflicto limítrofe entre estos dos Estados.[22]

En 1942 se suscribió el Protocolo de Río de Janeiro, en el cual se determinó la línea fronteriza entre Ecuador y Perú.

Para el efecto, se conformaron las Comisiones Delimitadoras, confiriendo, por expresa voluntad de los dos países, poder al Capitán de Navío Braz Díaz de Aguiar para actuar en calidad de árbitro único y resolver respecto de los posibles desacuerdos que pudieran suscitarse en cuanto a la demarcación fronteriza de la sección oriental. Consecuentemente, hubo un desacuerdo por parte de los países respecto del sector

21 *Idem*, p. 43.

22 SALCEDO VERDUGA, Ernesto. «El arbitraje: la justicia alternativa». *Ob. cit.*, pp. 42 y 43.

Lagartococha-Guepi, por lo que el árbitro expidió su laudo el 14 de julio de 1945, resolviendo sobre el mencionado conflicto. Perú apeló dicho laudo solicitando se revea la resolución pronunciada, alegando la existencia de irregularidades en el contenido del mismo.

Ante tal solicitud, el árbitro acogió la petición peruana y emitió un segundo laudo, el 13 de enero de 1947, en el cual se afectaron los intereses del Ecuador.[23]

Posteriormente, en 1998 se firmó el Acuerdo de Paz entre Ecuador y Perú, el que pone fin al conflicto territorial que había existido entre los dos países. Jamil Mahuad, presidente del Ecuador y Alberto Fujimori, presidente de Perú, firmaron dicho acuerdo, como resultado de la decisión de los mandatarios, de que actuaran en calidad de árbitros los países garantes del Protocolo de Río de Janeiro de 1942. A tal efecto, el Congreso ecuatoriano y el Congreso peruano se comprometieron a acatar la resolución definitiva que terminara con el conflicto.[24]

Las primeras normas que regularon la figura del arbitraje moderno en Ecuador se recopilaron en el Código de Procedimiento Civil, promulgado el año 1960 el que fue aprobado por la Comisión Legislativa del Congreso de la República el 31 de marzo del mismo año.[25] Esta codificación incluyó, por primera vez, una sección que se refería al juicio por arbitraje, estableciendo los parámetros bajo los cuales se realizaba el actual proceso arbitral. Sus normas se caracterizaban por ser muy «formalistas» y minuciosas, en cuanto al compromiso arbitral o la cláusula compromisoria.

---

23 ALVARADO GARAICOA, Teodoro. «Sinopsis del derecho territorial ecuatoriano». Guayaquil: Editorial Cervantes, 1952, p. 207. Citado por Ernesto Salcedo «El arbitraje la justicia alternativa». *Ob. cit*., p. 43.

24 SALCEDO VERDUGA, Ernesto. «El arbitraje: la justicia alternativa». *Ob. cit.*, p. 44.

25 *Ibidem*, p. 44.

El arbitraje regulado por el referido Código de Procedimiento Civil podía ser aplicado, tanto al procedimiento arbitral interno como internacional, puesto que no se hacía distinción entre estos. Sin embargo, se refería específicamente al arbitraje civil y comercial.

Las relaciones comerciales y el incremento de la actividad comercial en el país, generó la necesidad de buscar un método ágil y eficaz que facilitara la solución de conflictos surgidos de las operaciones comerciales de forma más rápida sin tener que recurrir a los jueces y juzgados de la justicia ordinaria, lo que evidentemente significaba someterse a un proceso más largo.

El 23 de octubre de 1963, mediante Decreto Supremo n.° 735 se expidió la Ley de Arbitraje Comercial, publicada en el Registro Oficial n.° 90 de 28 de octubre del mismo año, la que originó el arbitraje institucionalizado en el país, sometiéndolo a los Tribunales de las Cámaras de Comercio de la República, refiriéndose, además, al arbitraje internacional,[26] reconociendo la jurisdicción de Comisiones nacionales e internacionales, siempre y cuando se sometan a la mencionada ley.

Los Centros de Arbitraje y Mediación adscritos a las Cámaras de Comercio, eran los únicos en llevar a cabo los arbitrajes administrados y regulados por la referida norma legal. No obstante, existían las denominadas Comisiones de Reclamos y Arbitraje reguladas por la ley en base a la cual se regía cada Cámara. Dichas comisiones actuaban aplicando la conciliación.[27]

Su función consistía en conocer de los reclamos presentados contra importadores y exportadores que incumplieran sus obligaciones, los cuales previa la manifestación expresa de las partes eran sometidos al arbitraje, en caso de que no se solucionaran mediante conciliación. Además

---

26 LARREÁTEGUI MENDIETA, Carlos. «Contribución al estudio del arbitraje privado». Publicación de la Cámara de Comercio de Quito. Quito, 1982, p. 23.

27 *Idem*., p. 24.

de ello, tenían la facultad de solicitar al Departamento de Cambios del Banco Central del Ecuador, el cierre de los despachos de los comerciantes en el país, quienes incumplieren y no solucionaran los reclamos. La Comisión actuaba en esta forma con el fin de velar por los intereses y derechos de quienes acudían en busca de una solución.

Es interesante el acertado análisis que hace el doctor Carlos Larreátegui Mendieta,[28] respecto a la escasa aplicación del arbitraje, tanto nacional como internacional hasta el año de 1982, en que fue publicada su obra.

Fundamenta su análisis atribuyéndole al desconocimiento y a la falta de promoción del arbitraje como las razones por las cuales poco se recurría al procedimiento arbitral.

En la actualidad poco a poco se ha ido incrementando la práctica del Arbitraje no solo en materia comercial, a diferencia a la década de los ochenta en base a la que se hace el referido análisis sino en muchas otras materias en general.

La promoción del arbitraje ha sido objeto de la constante labor de los Centros de Arbitraje y Mediación del país, con el objeto de difundir tanto al arbitraje y la mediación como métodos alternos de solución de conflictos ágiles y eficaces, que no solo permiten a quienes recurren a ellos terminar con una controversia, sino además a que su voluntad prevalezca en cualquier instante del proceso.

---

28 LARREÁTEGUI MENDIETA, Carlos. «Contribución al estudio del arbitraje privado». *Ob. cit.*, p. 23.

4.2. Ley de Arbitraje Comercial de 1963

Además de las normas sobre arbitraje contenidas en el Código de Procedimiento Civil, se expidió la Ley de Arbitraje Comercial, mediante el Decreto Supremo n.° 735 de 23 de octubre de 1963, y publicada en el Registro Oficial n.° 90 de 28 de octubre del mismo año, la cual regulaba el procedimiento arbitral, a fin de lograr una administración de justicia más ágil y eficaz para la solución de conflictos, básicamente mercantiles, los que eran sometidos a los tribunales arbitrales de las Cámaras de Comercio.

La ley mencionada inicia reconociendo la validez de las cláusulas compromisorias y convenios celebrados entre las partes, que acuerdan someter las controversias comerciales existentes o futuras a la decisión de los tribunales de arbitraje de las Cámaras de Comercio o a Tribunales o Comisiones nacionales o internacionales de arbitraje.[29]

El arbitraje nace por la voluntad expresa de las partes quienes deciden excluir la resolución de sus controversias de la jurisdicción judicial, dicho acuerdo se denomina «acuerdo arbitral», el cual puede estar realizado en un solo acto o estar conformado por dos actos sucesivos en los cuales se encuentra la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral , los cuales conceptualmente son diferentes pero que tienen el mismo objetivo final: someter a la decisión de los árbitros las cuestiones litigiosas surgidas entre las partes.[30]

Tanto la doctrina como el derecho positivo hacen diferencia entre la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral, siendo básicamente que la cláusula compromisoria somete al arbitraje todas las controversias futuras que puedan surgir originadas del contrato celebrado entre las partes, mientras que el compromiso arbitral se refiere cuando ya se ha suscitado la controversia, por lo cual este puede determinar cuestiones

29 «Art. 1 de la Ley de Arbitraje Comercial, Registro Oficial n.° 90 de 28 de octubre de 1963.
30 CAIVANO, Roque. *Arbitraje. Ob. cit*., pp. 107 y 108.

explícitas respecto al proceso arbitral, al efecto de que se trata de una controversia en particular.

La mencionada ley en el art. 1, inciso segundo, define a la cláusula compromisoria como la estipulación en virtud de la cual las partes que celebran un contrato se obligan a someter los conflictos que de este puedan surgir a la decisión de un tribunal arbitral.

La cláusula compromisoria, según la define el doctor Roque Caivano es «el convenio por el cual las partes deciden someter algunos asuntos a arbitraje sustrayéndolos al conocimiento de los jueces ordinarios»,[31] refiriéndose estrictamente a asuntos futuros que eventualmente pueden existir y que obligatoriamente los someterán a la resolución de árbitros, cuyas facultades se encuentran determinadas por la misma cláusula.

En cambio, el compromiso arbitral, según lo define el doctor Roque Caivano, es «el acuerdo de voluntades a través del cual las partes, luego de verificar la existencia de un conflicto, convienen todo lo referente al arbitraje».[32]

El compromiso arbitral puede ser mucho más específico en base al reconocimiento del conflicto que hacen las partes por medio de este, por lo que, consecuentemente, además de los requisitos generales contentivos en la cláusula compromisoria, este puede hacer una manifestación específica del procedimiento arbitral.

No obstante, de las diferencias existentes entre la cláusula y el compromiso arbitral, la autonomía de las partes es la que hace posible la jurisdicción convencional, así lo determinó la Corte Suprema de Justicia

31 CAIVANO, Roque. "Arbitraje" *Ob. cit.*, p. 115.
32 *Idem*, p. 137.

del Ecuador en una sentencia en la que dice: «El arbitramiento, no consentido por las partes, implica violación de los preceptos constitucionales que prohíben la distracción de los litigantes de sus jueces naturales».[33]

La Ley de Arbitraje Comercial a más de validar las cláusulas compromisorias y compromisos arbitrales, reguló y estableció las normas conforme a las cuales las Cámaras de Comercio y los tribunales arbitrales desarrollarían el procedimiento arbitral.

El art. 15 de la norma *ibidem* determina un aspecto fundamental del proceso arbitral, el cual se refiere a la forma en que decidirá el tribunal, siendo esta exclusivamente en equidad.[34]

La no obligatoriedad de los árbitros al sometimiento a otras normas legales para sustentar su resolución es porque se trataba especialmente de arbitrajes comerciales los que se generaban en base a casos particulares los que podían no estar previstos en las leyes, en los cuales era necesario recurrir a la equidad como correctora de la rigurosidad de la ley para así hacer justicia.

El aporte que proporcionó la referida Ley a la regulación del procedimiento arbitral fue de gran importancia ya que su contenido facilitó a que el Arbitraje sea un método más ágil para resolver las controversias suscitadas en el ámbito comercial. Sin embargo, con el transcurso del tiempo y con el desarrollo del Arbitraje, dicha ley fue derogada por la actual Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en el Registro Oficial n.° 145 de 4 de septiembre de 1997.

---

33 Gaceta Judicial, serie VI, n.° 3, p. 243. Citada por el doctor Carlos Larreátegui Mendieta, «Contribución al estudio privado», *Ob. cit*., p. 40.

34 Artículo 15.- «Teniendo en cuenta la finalidad del arbitraje comercial, los árbitros están facultados para decidir los asuntos sometidos a su conocimiento de acuerdo con su conciencia, honrado criterio y sentido de equidad. No están obligados por tanto a someterse a otras normas que las que contiene la presente Ley». Ley de Arbitraje Comercial, Registro Oficial n.° 90 de 28 de octubre de 1963.

5. ARBITRAJE EN EQUIDAD EN ECUADOR

5.1. Antecedentes históricos

El arbitraje en equidad tiene sus orígenes desde los inicios de la humanidad en donde se confiaba en la sabiduría, experiencia y prudencia en ciertas personas para que fueran estas quienes resolvieran un conflicto.

Su historia se remonta al Génesis y el Éxodo de la Biblia,[35] en las leyes hindúes, en la ley romana y en la mitología griega.[36]

El arbitraje en equidad es un mecanismo completo para resolver los conflictos partiendo de que desde los inicios de la convivencia de los seres humanos, en virtud de sus distintas necesidades y circunstancias se fueron generando conflictos entre los mismos, quienes en vista de la carencia de normas que regularan las eventualidades que se suscitaren se veían involucrados en el conflicto acudían a un tercero imparcial para que decidiera por ellos, generalmente este tercero imparcial como por ejemplo el príncipe Paris es quién resuelve en calidad de árbitro en una historia de la Mitología Griega;[37] o los amigables componedores que, durante el fuero juzgo, buscaban llegar a una avenencia entre las partes.[38]

En el derecho romano se distinguía entre *arbiter* y el *iudex*, siendo el *arbitrex* quién decidía sujeto a lo que las partes habían previsto en la

35 Biblia, Génesis, 31.53.

36 DUQUE ECHEVERRI J. Emilio. «Del arbitramento mercantil». Colección Jurídica Bedout, 1976. Citado por Gamboa Morales, Ernesto. *El arbitraje en equidad*. Santa Fe de Bogotá: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2003, p. 5.

37 REPOLLÉS, José. «Las mejores leyendas mitológicas. El juicio de Paris». Citado por Ernesto Salcedo Verduga, en su obra *El arbitraje, justicia alternativa*. *Cit*., p. 30.

38 GAMBOA MORALES, Ernesto. *El arbitraje en equidad*. Santa Fé de Bogotá: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2003, p. 7.

relación que daba origen al arbitraje; y, el *iudex*, quien era escogido por el pretor, y que decidía conforme lo establecido por él mismo.[39]

Posteriormente, en el derecho intermedio se hace una distinción entre *arbitrer* y *arbitrator*. *Arbitrer*, quien decidía conforme a derecho respecto de un conflicto que las partes le hayan confiado; y *abitrator,* quien era escogido por las partes y decidía en equidad o *ex bono et aequo*. Una diferencia entre las dos formas del arbitraje en el derecho romano es, únicamente, las decisiones emanadas por el *arbitrer* eran apelables.[40] Es desde entonces cuando se establece una diferencia entre quienes decidían conforme a lo establecido en las normas y quienes lo hacían fundamentados en la equidad.

En el derecho anglosajón, la equidad era el fundamento principal de los fallos no específicamente de arbitraje, pero sí del Tribunal Real, en el que el privilegio de quienes lo conformaban era de «gracia y equidad».[41]

Posteriormente, el derecho aplicado por los jueces anglosajones provenía del *common law* y de la *equity*. El *common law,* basado en el derecho consuetudinario, utilizando los precedentes para luego ser consolidado por los órganos de grado superior; y, la *equity,* entendida como las reglas e institutos contenidos por preceptos similares que se introducían en cada caso y que formaban parte de la *Court of Chancery,* la cual se inspiraba en principios éticos, religiosos y morales, ante la cual se apelaba y decidía respecto de las resoluciones en derecho dictadas, de conformidad con el *common law*.[42]

---

39 CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. «El arbitraje en equidad». *Universitas*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2003, junio, n.° 105, p. 349.

40 *Ibidem*.

41 GAMBOA MORALES, Ernesto. *El arbitraje en equidad*. Santa Fe de Bogotá: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2003, p. 9.

42 *Idem*, p. 10.

Es evidente la importancia de la equidad a lo largo de la historia, indistintamente de las sociedades o la forma en la que ha sido aplicada, es una virtud que refleja la justicia en el ámbito social y personal de cada individuo.

Por otro lado, los orígenes del arbitraje demuestran la necesidad de los seres humanos de acudir a terceros en quienes las partes involucradas depositan su absoluta confianza para que decidan y resuelvan el problema en el que están inmersos.

Los árbitros que deciden en equidad fundamentan su resolución o laudo basados en los principios de la sana crítica y en su leal saber y entender, siendo estas características que les otorga la facultad ilimitada para resolver sin caer en la arbitrariedad ni en la actuación irresponsable de los mismos.

La aplicación de la sana crítica parte de la actuación prudente que se aplica luego de haber evaluado una situación en especial, lo cual permite aplicar ciertos criterios conforme resulte necesario a cada caso.

Los elementos de la sana crítica son el conocimiento, la experiencia y la lógica de las apreciaciones al momento de resolver.[43]

El conocimiento adquirido por los árbitros ya sea en derecho o en las distintas ramas en las que sean especialistas da la pauta para que sea aplicado independientemente a cada caso y permita que el arbitraje en equidad tenga un horizonte más amplio y de diversos criterios que no se apeguen necesariamente a las normas de derecho.

La experiencia genera la oportunidad de que luego de un análisis y evaluación del conflicto los árbitros puedan aplicar sus conocimientos

43 NEIRA ORELLANA, Edgar. «El arbitraje en equidad». Conferencia dictada en el curso de Formación de Secretarios Arbitrales, Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, enero 2009.

en base a situaciones similares y anteriores que si bien no serán iguales pueden tener un mismo origen o de alguna manera cierta relación.

La lógica de proposiciones al momento de resolver es el resultado que se obtiene como consecuencia de la aplicación del conocimiento y de la experiencia que permiten resolver en virtud de un razonamiento lógico y positivo en el cual se fundamenta el laudo arbitral y que determina el fin de una controversia en base a distintas perspectivas.

El leal saber y entender de los árbitros que deciden en equidad se entiende como el conocimiento fiel, y apegado a la realidad de los hechos que han sido debidamente demostrados durante el proceso arbitral, y que aplicados con los principios de la sana crítica, emanan como resultado una resolución final que no necesariamente está prevista en las normas derecho.

Siendo la justicia el valor fundamental de la equidad, el cual aparece desde la antigüedad como el valor de la convivencia humana, es, además, un factor determinante y regulador de las relaciones entre personas que habitan en sociedad, implica que la función de los árbitros es analizar y evaluar todas las perspectivas del conflicto y sus pruebas, sin tener que recurrir a las normas jurídicas para generar una solución justa y equitativa que no solo satisfaga la necesidad ni el reclamo de una de las partes, sino también que sirva como instrumento corrector y generador de una conciencia de respeto y valoración de los derechos de cada ser humano, en cualquier tipo de relación.

5.2. Procedimiento

La determinación del arbitraje sea este en derecho o en equidad es una característica fundamental que nace de la voluntad de las partes, siendo estas quiénes desde un principio pueden establecer el fondo conforme al cual se emitirá la resolución.

Supletoriamente a falta del pronunciamiento expreso de las partes en cuanto a la decisión de los árbitros la ley del lugar en donde surja la controversia y se lleve a cabo el arbitraje determinará si será en derecho o en equidad.

El arbitraje en equidad no significa que los árbitros decidirán en contra de las normas de derecho, sino que los hechos se someterán a la conciencia del árbitro, con el objeto de que estos resuelvan según la verdad leal, entendida como la realidad que ha sido o no demostrada durante el proceso.[44]

No obstante, de que los árbitros no están obligados a fallar conforme a derecho, es totalmente facultativo de estos la valoración de pruebas carentes de formalidades o solemnidades dentro del proceso, sin que esto implique decidir arbitrariamente.

En contraposición a esto, existe también el sostenimiento de que la facultad de los árbitros de fallar en equidad no significa que se pueda distorsionar, ni mucho menos violar las normas del debido proceso, las cuales tienen por objeto velar por las garantías y el orden del mismo.[45]

En el caso ecuatoriano, la Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en el Registro Oficial n.° 145 del 4 de septiembre de 1997 y reforma, Registro Oficial n.° 532 de 25 de febrero de 2005, no establece ni regula el procedimiento del trámite que se debe seguir en el arbitraje en equidad.

---

44 VON WOBOSER, Claus. «Los procesos alternativos para la resolución de controversias». Revista *Conamed*, octubre- diciembre, 1998, año 3, n.° 9.

45 «El fallo en conciencia es solo una forma de atenuar el rigorismo legal al momento de decidir en el fondo de la controversia planteada, pero de ninguna manera la puerta para que los árbitros diseñen su propio procedimiento. En otras palabras, que deba fallar en conciencia no autoriza al árbitro, ni a las partes, para pretermitir las reglas del debido proceso. Las reglas, principios y el régimen propio del proceso arbitral deben ser observados como una garantía del orden, de discusión suficiente, de conocimiento leal del conflicto y de determinación oportuna del mismo «Laudo arbitral *Clínica de Ojos Ltda. vs. Teroptic Cortez Ltda*.». Bogotá-Colombia.

Por un lado, el artículo 3[46] de la norma referida, determina únicamente que, a falta de pronunciamiento expreso de las partes, se entenderá que el arbitraje será en equidad, así como también que los árbitros, quienes decidan en equidad no tienen que ser necesariamente abogados, sin establecer nada en cuanto al procedimiento en este tipo de arbitraje, ni tampoco que las facultades de los árbitros puedan regular el mismo.

Por otra parte el artículo 38[47] del mencionado cuerpo legal, determina y establece las normas que regularán el procedimiento arbitral, en general, siendo estas, principalmente, las que establezcan las partes y las que se encuentran referidas en dicha ley, sin nada decir, en cuanto a la especificidad del procedimiento en el arbitraje en equidad, lo cual deja abierto y a discreción del tribunal arbitral, el hecho de adoptar normas del actual Código Orgánico General de Procesos para regular el procedimiento del proceso arbitral, independientemente de que el laudo no esté fundamentado a las normas de derecho.

La doctrina respecto a la diferencia entre arbitraje en equidad o en derecho determina la libertad de los árbitros o también denominados «amigables componedores»,[48] a sujetarse o no a la norma positiva, prevaleciendo siempre las normas procedimentales o de fondo a las que se someten las partes en el convenio arbitral para regular el procedimiento arbitral.

---

46 «Art. 3.- Las partes decidirán si los árbitros deben decidir en equidad o en derecho, a falta de convenio, el fallo será en equidad. Si el laudo debe expedirse fundado en la equidad, los árbitros actuarán conforme a su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica. En este caso, los árbitros no tienen que ser necesariamente abogados […]». Ley de Arbitraje y Mediación, Registro Oficial n.° 145 de 4 de septiembre de 1997 y reforma Registro Oficial n.° 532 de 25 de febrero de 2005.

47 «Art. 38.- El arbitraje se sujetará a las normas de procedimiento señaladas en esta ley, al procedimiento establecido en los Centros de Arbitraje, al determinado en el convenio arbitral o al que las partes escojan, sin perjuicio de las normas de las normas que sean aplicables». Ley de Arbitraje y Mediación, Registro Oficial n.° 145 del 4 de septiembre de 1997 y reforma, Registro Oficial n.° 532 de 25 de febrero de 2005.

48 «Esta locución proviene de la voz francesa *amiable compositeur*. La utilización de esta denominación es históricamente comprensible, ya que el Código francés de 1806 fue una de las fuentes de las cuales se nutrieron nuestros códigos procesales». CAIVANO, Roque. *Arbitraje. Ob. cit.*, p. 73.

En un inicio se llegó a confundir el término de «amigables componedores» con la figura de un mediador o conciliador, por lo que mal se entendía que la función del amigable componedor era lograr un avenimiento entre las partes, lo cual, en la medida en que se fue desarrollando el arbitraje en equidad, se llegó a establecer que los amigables componedores eran árbitros, de los cuales, cuya sentencia o resolución emanara, tendría carácter definitivo e inapelable.

Posteriormente se les denomina también Árbitros de equidad, y según el análisis que realiza Caivano,[49] la libertad de estos en el proceso arbitral se divide en dos partes:

> 1. *El procedimiento*. Es una libertad la cual puede ser limitada únicamente por las partes, quienes pueden especificar las reglas procedimentales la que serán de carácter obligatorio para los árbitros.
>
> 2. *El sustento del laudo*. En este sentido, los árbitros tienen total libertad de fallar en base a su leal saber y entender, sin estar sujetos a ningún tipo de norma expresa, lo cual es la característica fundamental del arbitraje en equidad.

Es importante destacar que la libertad de los árbitros respecto al procedimiento arbitral, es algo que, independientemente de estar establecido por las partes, puede ser de carácter discrecional de los mismos, en caso de no existir acuerdo expreso o especificidad en cuanto al mismo, lo que genera la facultad de que dependiendo del criterio del tribunal arbitral, estos puedan adoptar una postura más flexible durante el proceso, sin caer en la arbitrariedad ni tampoco violando principios fundamentales de las partes en el proceso.[50]

---

49 CAIVANO, Roque. *Arbitraje. Ob. cit*., p. 74.

50 «Aun cuando no tenga ningún tipo de restricción proveniente de los acuerdos arbitrales, deberán respetarse ciertos principios elementales: la garantía de la defensa en juicio, que importa la efectiva vigencia del derecho a ser oído y a reproducir prueba —dentro de las limitaciones propias de los árbitros— y el derecho a una decisión intrínsecamente justa». 50 CAIVANO, Roque. *Arbitraje. Ob. cit*., p. 74.

Respecto a la sustentación del laudo en equidad, los árbitros deberán hacer uso de su sentido y de la razón para que su resolución sea el resultado del análisis y del reconocimiento fiel de la realidad de los hechos del proceso arbitral.

Existen contraposiciones en cuanto a la confiabilidad de las partes a someterse al arbitraje en equidad. Por un lado, hay quienes creen que la facultad característica de los árbitros de fallar en equidad puede ser objeto de arbitrariedad y de un manejo indiscriminado del criterio de los árbitros en el momento de resolver. Sin embargo, por otra parte, el arbitraje en equidad ha sido visto como la manera de acercarse a lo que, desde un inicio, fue característica del arbitraje.

El fallo en equidad puede ser pactado previamente por las partes o, a su vez, la legislación ecuatoriana contempla que, a falta de pronunciamiento expreso de las partes, la decisión será en equidad.[51]

Existe una excepción expresa respecto a esta regla, la cual establece será el arbitraje en derecho siempre que una de las partes sea el Estado, por lo que en caso de silencio, respecto de la decisión arbitral, en un convenio o cláusula arbitral contenida en un contrato en virtud del cual se genera la controversia y, que una de las partes es el Estado ecuatoriano no significa que será un arbitraje en equidad.[52]

Sin embargo, mediante sentencia interpretativa la Corte Constitucional,[53] de manera expresa establece que el inciso final del artículo 422

---

51 Art. 3 de la Ley de Arbitraje y Mediación, Registro Oficial n.° 145 del 4 de septiembre de 1997 y reforma, Registro Oficial n.° 532 de 25 de febrero de 2005.

52 «Art. 190.- […] En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley». Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial n.° 449, 20 de octubre de 2008.

53 Sentencia Interpretativa n.° 0001-09-SIC-CC. Caso n.° 0005-09-IC de la Corte Constitucional, publicada en el Suplemento del Registro Oficial n.° 549 del lunes, 16 de marzo de 2009.

de la Constitución de la República del Ecuador,[54] prevalece ante las demás normas y aplica soluciones arbitrales con sujeción a principios de transparencia, equidad y justicia internacional, en casos de controversias relacionadas con la deuda externa.

La referida sentencia es emitida en función de la consulta realizada por la Secretaría General Jurídica de la Presidencia de la República, en base a la estipulación contenida en el capítulo VIII de Normas Generales, en la letra b) del artículo 8.04 del contrato de préstamo a suscribirse con el Banco Internacional de Desarrollo y el Gobierno del Ecuador para la realización de un préstamo. Dicha estipulación determina que «[…] El tribunal fallará en conciencia, con base en los términos de este contrato y pronunciará su fallo aún en el caso de que alguna de las partes actúe en rebeldía».

El artículo 190 de la Constitución de la República, establece que:

> Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en que por su naturaleza se puedan transigir.
>
> En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.[55]

La norma constitucional considera procedente el arbitraje en derecho, siempre y cuando sea aprobado por la Procuraduría General del Estado, lo cual se contrapone con lo establecido en el artículo 8.04 del

---

54 «Art. 422.- […] «En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá las soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional». Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial n.° 449, 20 de octubre de 2008.

55 Art. 190 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial n.° 449, 20 de octubre de 2008.

mencionado contrato, por lo que se consulta a la procuraduría la posibilidad de sometimiento del Estado a un arbitraje en conciencia o en equidad.

En atención a la consulta formulada, el Procurador General del Estado manifestó que: «se autoriza al Ministerio de Finanzas a someterse al país a arbitraje internacional, siempre y cuando, se subsane la observación al artículo 8.04 detallada en el numeral 3 de este pronunciamiento».[56]

Es decir, la Procuraduría General del Estado, acepta el sometimiento al arbitraje internacional, subsanando la especificación de que sea un fallo en equidad, y en concordancia con el artículo 190 debería ser un arbitraje en derecho.

Es necesario considerar que, en el derecho internacional, la normativa está relacionada con las normas y principios de la equidad, por lo que es aplicable el arbitraje en equidad, tomando en cuenta que el ámbito del mismo será vinculado a temas que estén relacionados con la deuda externa, en caso de existir controversias evidentemente se buscará obtener soluciones equitativas que no afecten los intereses de los estados los cuales representan los intereses y el bienestar de todo su pueblo.

En este sentido, la estricta a aplicación de la ley, puede no estar acorde a las necesidades y a la realidad que vive un Estado en relación con otros países u organismos del mundo, por lo que sería contraproducente regirse y apegarse solamente a normas de derecho para motivar en estos casos el laudo arbitral.

---

56 Sentencia interpretativa n.° 0001-09-SIC-CC. Caso n.° 0005-09-IC de la Corte Constitucional, publicado en el Suplemento del Registro Oficial n.° 549 el lunes, 16 de marzo de 2009, p. 2.

De conformidad con el artículo 3 de la Ley de Arbitraje y Mediación,[57] cuando se trata de un arbitraje en equidad, no es necesario que los árbitros sean profesionales del derecho, lo que por un lado otorga la facultad a los árbitros de fallar en base a su leal saber y entender, pero por otro lado también genera la potestad de que al no ser los árbitros abogados sean más dúctiles en cuanto a las normas procedimentales.

El desconocimiento de las partes y también de los árbitros de principios fundamentales —exclusivamente— del debido proceso genera la polémica respecto a la libertad de los árbitros no solamente para emitir el laudo conforme a la equidad sino también a la flexibilidad que estos le den al procedimiento y respecto a las pruebas que se actuarán en el mismo.

Sin embargo, es importante destacar que independientemente de las contraposiciones existentes respecto al tema, hay doctrina que determina la facultad de juez siendo esta propiamente la de fallar en equidad, sin desconocer los principios que garantizan la legítima defensa.[58]

Al respecto existe jurisprudencia colombiana que establece que el hecho de fallar en conciencia no significa ni autoriza que los árbitros desconozcan las normas del debido proceso, laudo del 5 de diciembre de 1990, Clínica de Ojos Ltda. vs. Teroptic Corté Cleves:

> El fallo en conciencia es solo una forma de atenuar el rigorismo legal al momento de decidir en el fondo la controversia planteada, pero de ninguna manera la puerta para que los árbitros diseñen su propio procedimiento. En otras palabras, que se deba fallar en conciencia no autoriza

---

57 Art. 3 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial n.° 145 del 4 de septiembre de 1997 y reforma, Registro Oficial n.° 532 de 25 de febrero de 2005.

58 FOUCHARD, Philippe, Emmanuel GAILLARD y Berthold GOLDMAN. *Traité de l'Arbitrage Commercial International.* Paris: Litec, 1996, 1508. Citado por CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. «El arbitraje en equidad». *Op. cit.*, p.:355.

> al árbitro, ni a las partes, para pretermitir las reglas del debido proceso […].[59]

La valoración y actuación de las pruebas es otro tema de carácter fundamental en el arbitraje en equidad, debido a que la esencia de este es que la resolución de los árbitros se fundamenta en la equidad, en la sana crítica, en la verdad sabida y leal saber y entender de los mismo, para lo que es de trascendental importancia el análisis pertinente que guíe a los árbitros y les permita determinar lo más justo.

La doctrina colombiana y extranjera establece el sistema de apreciación de pruebas, conformado por la tarifa legal, la persuasión racional o razonada y la libre convicción o íntimo convencimiento.[60]

La tarifa legal conforme el análisis realizado por la Tercera Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se refiere a la fijación de los medios probatorios que, se les atribuye previamente un valor de convicción, siendo el lado opuesto de la libre convicción, la que por el lado contrario establece que la «verdad jurídica pende por entero de la conciencia del juez que no está obligado por ninguna regla legal; el juez juzga de los hechos litigiosos únicamente a medida de la impresión que las pruebas exhibidas por los contendientes hicieren sobre su ánimo, y no está obligado a dar cuentas de los medios porque se convenció»;[61] y, finalmente, establece a la persuasión racional como el punto medio entre la libre convicción y la tarifa legal.

De tal efecto, la doctrina establece los mecanismos mediante los que los árbitros valoran las pruebas, siendo facultativo de ellos si argumentan o no la valoración de esta, conforme a las normas de derecho, lo cual

---

59 Laudo del 5 de diciembre de 1990. *Clínica de Ojos Ltda. vs. Teroptic Corté Cleves*. Citado por CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. «El arbitraje en equidad». *Op. cit.*, p. 355.

60 Sentencia pronunciada por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, respecto del Recurso de anulación del laudo de 20 de mayo de 1974. Bogotá D.E., veinte de agosto de mil novecientos setenta y seis.

61 *Ibidem*.

están desobligados a hacer; sin embargo, en ningún sentido la ley ni tampoco la doctrina establece la potestad de los árbitros de omitir o no practicar pruebas que estén debidamente reconocidas por la ley, si es que las partes lo solicitan o ellos lo creen necesario.

En este sentido, se puede entender que el arbitraje en equidad faculta a los árbitros a argumentar y a ser más flexibles en cuanto a la práctica de las pruebas y presentación de estas dentro del proceso, mas no los exime a la prohibición o limitación de las mismas, sobre todo cuando será en base a ellas que podrán llegar al esclarecimiento de la verdad y a emitir un laudo justo conforme la equidad.

La motivación del laudo es fundamental en el arbitraje en equidad, pese a que en la doctrina existen dos posiciones diferentes en cuanto a la fundamentación del laudo, habiendo quienes consideran que la facultad de los árbitros de fallar conforme al leal saber y entender, les exime de argumentar y explicar el porqué de su decisión. Hay quienes también, por el lado contrario, consideran que el hecho de que los árbitros no tengan que fundamentar su decisión, de conformidad con las normas de derecho, no significa que estos no tengan que explicar el porqué de su resolución sin importar el ámbito o la materia sobre la que trate el arbitraje.[62]

Al respecto es importante destacar el análisis que realiza Roque Caivano, al determinar acertadamente que en el arbitraje en equidad es fundamental la argumentación que tenga el laudo, puesto que en cierta forma para los árbitros que juzgan de conformidad con las normas de derecho es más fácil remitir su argumento a la ley, pero para quienes lo hacen conforme a la equidad es esencial fundamentar que su resolución es la más justa.

---

62 CAIVANO, Roque. *Arbitraje. Op. cit.*, p. 76.

Consecuentemente, la motivación del laudo en equidad debe ser explícita, de tal suerte que los árbitros demuestren y lleguen a la captación de las partes, de los fundamentos y principios en base a los que se están resolviendo, siendo fundamental como lo hemos señalado antes el conocimiento fiel de la realidad de los hechos del proceso arbitral que, finalmente aplicando la experiencia y sobre todo —conforme al leal saber y entender de los árbitros— justifiquen que la aplicación rígida de la ley no significa que se obtengan resultados justos, y que, además del marco jurídico regulador, dentro de la sociedad es necesario mantener los principios éticos y morales característico de los seres humanos virtuoso, cristalinos y honestos, que desde un inicio de la humanidad son el pilar esencial del desarrollo, la armonía y la convivencia de la sociedad.

6. EL ARBITRAJE EN EQUIDAD EN LA ACTUALIDAD

Pese a todas las características y desarrollo que hemos podido analizar desde el inicio de este artículo, el arbitraje en equidad en Ecuador ha ido en decrecimiento.

A inicios con la promulgación de la Ley de Arbitraje y Mediación y parecería ser que por el desconocimiento que existía con relación al Arbitraje en general como método alterno de resolución de conflictos, las partes muy pocas veces pactaban arbitraje expresamente de derecho en las cláusulas arbitrales de sus contratos. esto conllevaba a que, la mayoría de los arbitrajes fuesen en equidad, por disposición legal que establece en caso de no pactar que sea un arbitraje en derecho será por default en equidad.

Sin embargo, con el paso de los años y en la medida que fue creciendo la comunidad arbitral local, así como el número de arbitrajes, aparecieron más cláusulas con la disposición expresa de que el arbitraje sea en derecho, sin tener estos entre una de sus partes al Estado ecuatoriano, necesariamente.

El desarrollo del arbitraje y aumento de número de casos también implicó que el arbitraje fuera pactado en distintas relaciones contractuales de diversas materias, las cuales, evidentemente, por su especificidad, se aplican leyes y normativa puntual. Quizás esto generó mayor conciencia y necesidad en quienes redactan las cláusulas arbitrales para tener en cuenta la importancia y ventajas de tener un arbitraje en derecho versus uno en equidad para cada caso en particular.

Por un lado, el crecimiento del arbitraje como método alterno de resolución de conflictos, sin duda alguna ha sido positivo, no solo para la comunidad arbitral ecuatoriana, sino internacional. Sin embargo, por otro lado, no cabe duda de que en la medida de que el arbitraje se expanda a otras materias y cuestiones, ocasione que las partes prefieran y escojan tener arbitrajes en derecho más que en equidad.

La equidad jamás perderá su valioso aporte al derecho, pero ha sido aplicada cada vez en menos casos en cuanto a arbitraje se refiere.

Asimismo, el número de árbitros en derecho siempre ha sido mucho mayor en comparación con el número de árbitros en equidad, es decir, que no son abogados. Y es que, en síntesis, el arbitraje no es más que un procedimiento como tal, y que conlleva a una decisión jurídica de fondo, lo cual ha sido y será siempre algo de mayor interés para abogados, más allá de sus distintas especialidades, al momento de ser árbitros, se convierten en jueces.

LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL AÑO 2021

Rocío Cano Guerinoni *

Sumario: 1. Introducción.— 2. Fundamentos de la conciliación.— 3. Naturaleza jurídica de los MARCS.— 4. Consideraciones de otras disciplinas en la conciliación.— 5. Finalidad de la conciliación.

1. INTRODUCCIÓN

Una de las razones que hace de los medios alternativos de resolución de conflictos, un tema tan apasionante; radica en la incertidumbre doctrinal que gira en torno a su tratamiento.

Casi no existe aspecto alguno en donde haya un pronunciamiento uniforme; y en la definición no se muestra la excepción.

* Presidenta de la Association Dispute Resolution ADR-PERU, socia fundadora de Cano Paredes Abogados SAC; abogada egresada de la Universidad de Lima. Candidata a Magíster en Derecho con Mención en Política Jurisdiccional de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Doctora en Gobierno y Políticas Públicas por la Universidad de San José de Costa Rica. Member de la Association of Trial Lawyers of America; International Bar Association y Center for International Legal Studies; Lima City Chair Global Networking All Ladies League. Experta en Conciliación, Negociación y Solución de Conflictos; conciliadora extrajudicial y árbitro en derecho. Abogada en ejercicio en los Colegios de Abogados de Lima (Perú), San José (Costa Rica) y de La Plata (Argentina). Autora de ensayos y artículos publicados por el Centro de Estudios Latinoamericanos —CEL— (Buenos Aires, Argentina) por la Revista del Doctorado en Gobierno y Políticas Públicas de la Universidad de San José de Costa Rica, entre otros.

Investigando sobre el tema encontramos conceptos, como el que la conciliación es un medio de solución de controversias o un mecanismo para resolver conflictos; sin embargo, también encontramos definiciones perfectamente enmarcadas dentro de cuatro grupos.

Un sector de la doctrina considera a la conciliación, como la actividad de un tercero destinada a lograr la composición del conflicto (Carnelutti, Alcalá Zamora, Montero Aroca)

Un segundo sector, que, por el contrario, la define como el acuerdo resultado, de esa actividad (Rocco, Falcón, De Santo, Llebman, Carlo Carli).

Un tercer grupo que la considera indistintamente, como una actividad o como su resultado (Couture, Alvarado Velloso, Gozaini). Y, finalmente, un último sector que va más allá y la señala como todo un proceso y que, por ende, se manifiesta a través de un procedimiento (Guasp, Goldschmidt, Gelsi Bidart).

Efectivamente, nadie discute que a través de la conciliación se ponga fin a un conflicto, ni que para ello exista la intervención de un tercero. Sin embargo, es completamente diferente decir que la conciliación sea un acto, un conjunto de actos, o que sea cualquiera de los dos, o que más aún sea un proceso. Tal es así, que una concepción distinta trae consigo efectos diferentes y algunos de ellos perjudiciales para la institución. Pensar que la conciliación es solo «la actividad desplegada ante un tercero por las partes de un conflicto de intereses» equivaldría a decir que puede haber conciliación, independientemente de la existencia de un acuerdo, o en otras palabras, que puede haber tantas conciliaciones como terceros buscando la composición de conflictos de intereses. Estaríamos olvidando quizás el fundamento de la Conciliación, consistente en lograr finalmente la efectiva solución de los conflictos, o peor

aún nos estaríamos alejando de la tan anhelada justicia y paz social al considerar una actividad pudiendo ser cualquiera su resultado.[1]

Definitivamente no, la Conciliación no se puede agotar ni en el simple intento, ni en la mera tentativa, sino que debe ir mucho más allá. Supone también la eliminación de voluntades contradictorias, la desaparición del disentimiento, unadecisión concertada, supone entonces un acuerdo y de no existir esta no cabría hablar de Conciliación, de otro modo esta carecería de utilidad.

Lo que en principio parecería un problema terminológico, puede ser el inicio de dos grandes sistemas. Lo anteriormente dicho se puede graficar de la siguiente manera: imaginemos un Poder Judicial, con un universo de mil procesos contenciosos, en donde todas las partes sin excepción asisten ante el juez quien buscara arreglar amistosamente el litigio. Si, por ejemplo, el juez logra el avenimiento en 300 procesos, podemos concluir que para los que pugnan por definir la conciliación solo como una actividad se estaría hablando de 1000 conciliaciones, todas eficaces, aunque 700 de ellas tendrían que terminar finalmente en sentencia. En cambio, para los que consideran a la Conciliación como el acuerdo resultado de esa actividad, se estaría hablando de solo 300 conciliaciones y todos los demás procesos deberían terminar en sentencia.

Lo que ahora constituye un juego de palabras, no es sino el mismo instituto, pero visto desde dos perspectivas, por ejemplo, dos realidades España y los países Latinoamericanos.

El significado etimológico o la acepción gramatical de una palabra no tienen porqué coincidir con su acepción jurídica y menos aún política; sin embargo, suelen ser de mucha ayuda para encontrar el verdadero

[1] Dentro de la concepción de la conciliación solo como una actividad, podría estar el aceptar que su resultado perfectamente se puede encontrar en actos unilaterales, como un allanamiento o desistimiento procesal.

sentido de los términos. Por ejemplo, el vocablo «conciliación» proviene del latín *conciliatio*, que significa «composición de ánimos en diferencia». Y más claro aún, es el *Diccionario de la lengua española*, que la define como «la acción y efecto de componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí».[2]

De esto último se podría concluir que habría conciliación, si y solo si, se produce la acción y efecto de componer los ánimos opuestos entre sí, y no cuando se produzca la acción o el efecto de intentarlo. La conciliación implicala efectiva composición de los ánimos opuestos entre sí, la conciliación implica entonces un resultado.

Es por esta razón que no comparto la posición del primer y segundo sector de la doctrina, ni consecuentemente la del tercer sector que considera la conciliación indistintamente como una actividad o como el acuerdo resultante. Me quedaría entonces dilucidar si la conciliación es solo ese acuerdo o que comprende también un procedimiento previo, de tal forma que estaríamos hablando de todo un proceso.

Lamentablemente, nos encontramos frente a otro problema, si queremos precisar que la conciliación es un proceso, habría que partir definiendo el proceso lo que nos extendería enormemente; y lo más seguro es que mi argumento sería tan discutible, en tanto existen tantas definiciones del proceso como tratadistas de derecho procesal.

Pero se puede partir de un principio que sí es unánime en la doctrina «un proceso en sentido estrictamente jurídico necesariamente requiere la existencia de un «procedimiento» en este sentido, si descubrimos que la conciliación es un procedimiento o que contiene al menos un procedimiento, recién habría de preocuparnos por saber si existe en verdad un proceso conciliatorio.

---

2 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. Madrid, 1998, 21.ª edición, p. 394.

Hablar de un procedimiento implica referirse a un conjunto ordenando de actosconcretamente pre establecidos por la norma, un conjunto de formalidades que tienen que someterse los sujetos.

Sin embargo, si bien es cierto que existen actos previos a la adopción del acuerdo, estos son tan espontáneos y flexibles, que se pueden dar casos en los cuales el tercero aún en la potestad de proponer soluciones no lo haga, sencillamente porque su actividad persuasiva, ha sido tan exitosa y la predisposición de los sujetos tan buena, que encuentran por si mismos la solución al conflicto y es que la fase de tratativas, dentro de los cuales los sujetos discuten los términos y condiciones del acuerdo, no debe tener restricciones, se pueden establecer ciertos principios o deberes de conducta, pero esto no implica la existencia de un procedimiento; aunque se hablara de la Conciliación judicial o la conciliación en ámbito arbitral, en la cual se establece un trámite para solicitar la audiencia de conciliación.

Ciertamente, la conciliación no es un procedimiento, como tampoco existe un procedimiento procesal previo a la conciliación, de tal forma que podemos descartar la cuarta posición de la doctrina, que la señala como todo un proceso.

En este sentido la Conciliación es un acuerdo y solo un acuerdo, pero no podemos negar la existencia de una fase previa, de una serie de actos que se realizan solo cuando ambas partes están presentes para discutir la posibilidad del acuerdo; esta fase a la que hacemos mención no es otra cosa que la fase de preparación en la que se expondrán las versiones parciales[3] de las partes.

Para terminar con este apartado y en un primer intento por dar una definición, podemos decir que la Conciliación es un acuerdo mediante

[3] Se les llama versiones parciales porque las partes en conflicto muestran sus posiciones, pero no muestransus intereses, que es lo que realmente le interesa al conciliador.

el cual los sujetos, con la intervención previa de un tercero, ponen fin a un conflicto de intereses.

Si bien se habla de un procedimiento, veremos más adelante como la naturaleza jurídica de la conciliación es procesal; esto no significa que la Conciliación sea un procedimiento o proceso como ya está descartado por la doctrina.

2. FUNDAMENTOS DE LA CONCILIACIÓN

La idea elemental de donde parte la conciliación como instituto radica en el hecho de que el hombre es un ser social y que, como tal, está expuesto a los roces y colisiones que esta realidad conlleva.

La conciliación presupone, pues, una situación de conflicto presupone el choque de una pretensión y su resistencia; sin embargo, no todo conflicto es susceptible de conciliación, más allá de que se trate o no de un conflicto jurídicamente relevante el conflicto necesita de una controversia.

En efecto se ha establecido que la conciliación es un acuerdo, una decisión concertada para poner fin a un conflicto, entonces la discusión debe haber estado presente y con ella la necesidad de que el sujeto pasivo haya controvertido la pretensión, luego, el fundamento de la conciliación consistirá en principio, en la solución de conflicto con controversia.

Ahora bien, si el fundamento de la conciliación es la solución de esa situación de conflicto, ¿bastaría con cualquier acuerdo que ponga fin al conflicto? Creo que no. Si el hombre dejo el empleo de la auto defensa para ir en busca de otra solución más razonable, es lógico pensar que en su razonamiento se encontraba también el sentido de la justicia, el hombre quiso dejar de hacer justicia con sus propias manos, pero no quiso dejar de hacer justicia, de otro modo la composición disfrazaría una verdadera auto defensa, o en todo caso se trataría de una composición

falsa o aparente; y, de ser así, nos oponemos firmemente a ella «la conciliación no se puede edificar ni consolidar, ganándose el favor de los justiciables, sino a partir de la premisa esencial de que me sirve definitivamente a la justa composición de las controversias, no a un resultado cualquiera».[4]

La composición obtenida a través de la conciliación tiene entonces un rasgo peculiar que la separa de la simple composición contractual y la aproxima más a la composición judicial; la justicia; y, sobre esta base se sirvió el maestro Carnelutti, para establecer la categoría de los equivalentes jurisdiccionales,[5] en la medida de que se pueda lograr a través de ella la misma finalidad del proceso jurisdiccional, que cada uno obtenga lo que le corresponda.

De no ser así, «si la conciliación debiera servir para hacer callar el sentido de justicia de los ciudadanos habituándolos a preferir las sentencias justas, las soluciones menos fatigosas de acomodaticia renuncia, la misma estaría en antítesis con los fines de la justicia y no podría encontrar lugar en el nuevo proceso civil, que trata de reforzar la autoridad del juez en el Estado»,[6] la conciliación se convertiría entonces en todo un obstáculo para los ciudadanos, sería un escollo para la administración de justicia, significaría quizás la condena del litigante con menor resistencia o de aquel de menor condición económica, significaría en verdad la hundida del derecho de una comunidad que busca la paz social.

La conciliación quiere ser, por el contrario, el mejor camino para la solución justade conflictos.

---

4 *Códigos procesales en lo civil y comercial de la provincia de Buenos Aires y la nación*. Buenos Aires: Editorial de Platense-Abeledo Perrot, 1989, tomo IV, p. 20.

5 CARNELUTTI, Francesco. *Sistemas de derecho procesal civil*. Buenos Aires, Utena, 1994, tomo II, p. 203.

6 CALAMANDREI, Piero. «Instituciones de derecho procesal civil». Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973, pp.198-199.

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS MARCS

De la naturaleza jurídica de la conciliación, poco se han ocupado los estudiosos del derecho, pero no por eso el tema deja de ser controvertido. En principio, antes de abordar el tema, debemos desestimar los argumentos de aquel sector de la doctrina, que considera necesario diferenciar la naturaleza de la actividad conciliadora, de la naturaleza del acto resultante.

Asimismo, se debe desestimar la posición que considera la conciliación, como de naturaleza procesal en tanto la señalan como un proceso. Sí el significado de la conciliación establece la verdadera naturaleza de la figura, entonces al haber demostrado que la Conciliación es solo un acuerdo, ambos argumentos caerían por su propio peso.

La naturaleza de la conciliación parecería reducirse a saber si el acuerdo del cual hemos venido hablando es un negocio jurídico de derecho sustancial, o un negocio jurídico de derecho procesal. Pero el problema no es menos cuando descubrimos que, para esto, hay que tener en cuenta que efectivamente las normas de derecho objetivo vinculan a la declaración de voluntad de los sujetos, tanto efectos de derecho sustancial como efectos de derecho procesal.

Los efectos de derecho sustancial serían los mismos que vinculan a quienes celebran un acuerdo privado: los sujetos acuerdan en hacer concesiones en la pretensión o en su resistencia, para así poner fin al conflicto de intereses. Nótese que no hemos dicho contrato privado y es que a partir de una conciliación no solo se componen relaciones de contenido patrimonial o susceptible de valoración económica. El ordenamiento deja al arbitrio de los individuos, la libertad para regular sus relaciones patrimoniales, pero también le interesa otras, que estando dentro de la libre disponibilidad de los sujetos, son también posibles de ser materia de controversia. Así el fundamento de la conciliación

también vela por ellos, impidiendo afirmar que el resultado material de un acuerdo de conciliación sea siempre el de un contrato.

Por otra parte, los efectos de derecho procesal serían los que se dan a partir de la homologación que hace el juez al aprobar el acuerdo de conciliación; vale decir, se pondría fin al proceso en la eventualidad de que este ya existe, el acuerdo se convertiría en inmutable, y, finalmente, el acta devendría en un título para promover ejecución en caso de incumplimiento.[7]

Ante esta dualidad, una posición sostendría que se trata de aquellos actos que producen sus efectos, solo a partir de la convalidación judicial y que como talesserian de naturaleza procesal.

Al respecto, no hay que olvidar que la conciliación, no solo se da al interior de un proceso, como el caso costarricense, argentino, y el japonés[8] y el acto de homologación del juez en caso de existir este, solo genera efectos procesales.

En este sentido existen instituciones privadas como los centros de conciliación, que propicia la celebración de conciliaciones que, sin la homologación del juez, el acta de conciliación devendría también en un título para promover ejecución encaso de incumplimiento. Pero a pesar de todo lo expuesto, si creo en la naturaleza procesal de la conciliación, solo que no a partir de estos argumentos,sino de algo que sostuve en el apartado anterior: la justicia, que es el elemento que aproxima la conciliación a la composición judicial.

Entonces podemos decir, que la naturaleza jurídica de la conciliación la encontramos a partir de su fundamento: La justicia, que

---

7 Guasp Goldschmidt, Gelsi Bidart.

8 Los efectos del acta de conciliación en una conciliación extrajudicial son los mismos, es decir, el acta tiene mérito de ejecución.

es el elemento que aproxima la conciliación a la finalidad del proceso jurisdiccional.

Tanta es la importancia de la justicia para la conciliación, que el profesor AlcaláZamora, señalaba respecto a las formas compositivas, que sería más apropiado hablar de derecho justicia,[9] antes que de derecho procesal, y si a esto agregamos que la justicia es también la finalidad del proceso jurisdiccional, notenemos duda que la Conciliación, sea de naturaleza procesal.

No creo que el derecho procesal, tenga que circunscribir su objeto únicamente al análisis del proceso. Sería difícil para una disciplina dirigir su estudio sin tenerque recurrir a otras figuras conexas o afines que, como ya sabemos persiguen también la composición justa de los conflictos, y es que el error parte de no considerar al procedimiento, al proceso y hasta la misma jurisdicción nada más que instrumentos de un fin último, que es la Justicia pues siendo así encontraríamos fácilmente dentro de un mismo sistema a la justicia civil, a la justicia arbitral y por supuesto a la justicia conciliadora, como se da en otros países, por ejemplo, el caso de Japón.

4. CONSIDERACIONES DE OTRAS DISCIPLINAS EN LA CONCILIACIÓN

El derecho, no es la única disciplina que ha mostrado preocupación en establecer una teoría del conflicto, lo propio ha hecho la economía, la psicología, la sociología, la administración pública, las ciencias políticas, etcétera. Sin embargo, solo la psicología y la sociología han pretendido elaborar a partir de su interacción, modelos prescriptivos para la resolución de conflictos o métodos que permitan al tercero intervenir en la solución del conflicto, y las posibles estrategias a seguir.

---

9 ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. «Proceso, autocomposición y auto defensa». México D.F.: Textos Universitarios UNAM, 1970, p. 25. En Japón se da la conciliación dentro del aparato jurisdiccional del Estado, pero como una institución diferente a un proceso judicial.

Esta concepción se originó con la psicología social, recién en la segunda mitad de este siglo, bajo una perspectiva que ya no situaba el conflicto solo en plano individual, o en el plano de la sociedad, sino en ambos; una concepción de conflicto que centre su atención en la interacción del individuo y su medio social, y trata de desarrollar como los sujetos deberían resolverlo maximizando su efectividad.

Es mi intención establecer en este apartado, una nueva concepción que permita la interacción de la ciencia jurídica con las otras disciplinas, asimismo quiero plantear esa necesidad; en principio porque por ahora, solo contamos con ensayos de profesores abogados, que nos habla de jueces conciliadores;[10] y ensegundo lugar porque una perspectiva de tal naturaleza ayudaría a despejar algunas dudas como por ejemplo, la compatibilidad de la psicología del conciliador con la del juez,[11] la importancia de un estado democrático para la conciliación, el desarrollo de un modelo prescriptivo y de funciones estratégicas para la resolución de conflictos de toda naturaleza,[12] la inclusión del principio rector, justicia por el de regateo en el llamado juego de propuestas y contra propuestas,[13] la conveniencia o no de la imposición de multas como parte de las funciones de coerción, etc.

Por lo extenso que sería el tema, me limitaré en este apartado a hacer una síntesis de lo que sostienen algunos psicólogos sobre temas fundamentales de la psicología social, de indispensable conocimiento para el éxito de las tratativas de Conciliación, dejando antes constancia que ya

---

10 Nótese que en Japón los magistrados son conciliadores naturalmente y llevan a cabo las conciliacionesfuera de un proceso judicial.

11 Al referirnos de la psicología del conciliador estamos hablando de lo de lo que comúnmente llamamosperfil del conciliador.

12 Durante las últimas décadas son muy importantes los aportes de la psicología social dentro de los conflictos de trabajo; por ejemplo, sin embargo el desarrollo de un modelo prescriptivo y de funciones estratégicas parar conflictos de naturaleza civil implicaría tener como base otros principios diferentes a losya utilizados en otros países.

13 La inclusión de este principio dentro de los estudios psicosociales para la resolución de conflictos sería un buen comienzo para el establecimiento de un tratado de interacción de las tres disciplinas, muy acordecon el fundamento de la conciliación.

no hablaremos de conciliación, sino de mediación en tanto los tratadistas de la materia psicosocialentienden los mismos conceptos, pero con una terminología diferente.

Al respecto un primer tema que habría que tener en cuenta es la estructura del conflicto social, Touzard[14] refería encontrar en él, una situación muy compleja y de naturaleza muy variada. El conflicto parecería definir una situación en la cual los sujetos apuntas a metas opuestas, afirman valores antagónicos, tieneninteresesdivergentes aun cuando existen algunas situaciones conflictivas en las que los adversarios persiguen el mismo fin de manera competitiva. Estos son los aspectos manifiestos, estructurales o instrumentales del conflicto que se contraponen a otros aspectos afectivos, emocionales y expresivos constituidos por las actitudes, las percepciones, los estereotipos o los sentimientos que los individuos acumulan o experimentan los unos hacia los otros. Las personas que se hallan en un conflicto se sienten entonces extraños separados por objetivos incompatibles, pueden percibir que están librando una batalla en torno de recursos o valores sociales escasos.

Por tal motivo Touzard concluye, que un análisis del conflicto debe hacerse con arreglo a estas dos grandes dimensiones, la manifiesta y la afectiva, porque en muchos casos, el conflicto manifiesto no es más que un aspecto sistemático de la existencia de un conflicto expresivo o afectivo y a la inversa.

Ambas dimensiones forman la estructura de las distintas situaciones de conflicto. Vander Zanden,[15] señala tres modelos diferentes para explicar dichas situaciones:

---

14 TOUZARD, Hubert. «La mediación y la solución de conflictos». Barcelona: Editorial Heider, 1981, pp. 50-51.

15 VANDER ZANDEN, James. «Manual de psicología social». Buenos Aires: Paidós, 1986, pp. 391-392.

a) El modelo del agresor y el agredido, por el cual uno de los sujetos concibe al otro como agresor, o uno de los elementos de la disputa, se crea motivado por propósitos innobles, ilegítimos y morales.

b) El modelo de la espiral en conflicto, de acuerdo con esta concepción, todo conflicto origina un nuevo conflicto, cada sujeto amplia o intensifica por turno un conflicto, al reaccionar frente al comportamiento del otro con una conductade castigo o defensiva. En consecuencia, se desenvuelve un espiral en crecimiento continuo, que los atrapa a ambos, produciéndose toda una escalada del conflicto.

c) El modelo del cambio estructural, también se ocupa de la interacción dinámica de los sujetos, pero sostiene que ciertos cambios duraderos perpetúan el conflicto; cambian en la estructura social de los bandos en pugna, en las actitudes, en las motivaciones e imágenes de la gente, en la notoriedad que alcanzan los problemas, en la menor o mayor participación de las personas.

La intervención en la solución de un conflicto debe producirse atendiendo a cada modelo de conflicto. Por ejemplo, Vander Zanden señala que un modelo de espiral en conflicto, donde se ha producido una escalada, con lleva a la supresiónde la escalada también en espiral. Pareciera sencillo pero las cosas se complican cuando los distintos modelos comienzan a operar simultáneamente pues estos no son necesariamente contradictorios.

Tomando en cuenta los posibles modelos de conflicto, las posibles coaliciones y otras variables menos importantes que pueden influir en la intensidad del conflicto, pero que no las desarrollo en tanto me extendería enormemente, es que se definen las funciones estratégicas de los mediadores, sus intervenciones tácticas y los modelos para la resolución de los conflictos. Por ejemplo, algunas de las opciones de la estrategia

general para el manejo del conflicto son: la conducción de las reuniones plenarias, la conducción de las reuniones porseparado, el hacer sugerencias, el formular recomendaciones, la confrontación directa, etc. El mediador preside la sesión en las reuniones conjuntas de las partes, facilita la comunicación de los negociadores, hace de animador definiendo los puntos de la discusión, dispone la cesión del uso de la palabra, hace el resumen de la discusión, dispone los pedidos de aclaraciones, la precisión de ciertas intervenciones ambiguas.

El mediador puede considerar en un momento dado reuniones por separado de las partes. Por ejemplo, cuando se ha presentadouna nueva propuesta que acarrea numerosos cambios de ideas, para que sea suficientemente vista y comprendida, es necesario una evaluación de la parte destinataria, el mediador propone una suspensión y reúne a la parte interesada. Semejante reunión permitiría que cada negociador exprese su opinión, sus objeciones y sus preferencias. En las reuniones por separado, el mediador también puede tratar de sondear las razones y las motivaciones de una de las partes para negarse a hacer concesiones. La alternativa de las reuniones por separado y las sesiones plenarias, permite registrar progresos y pese a las vueltas atrás, siempre posibles, este mecanismo de vaivén permite que la negociación progrese, lenta pero segura.

Para los psicólogos sociales, el mediador no puede juzgar quien tiene razón y quien está equivocado. Debe evitar cualquier juicio de valor respecto de las partes, puede tener que hacer sugerencias, pero no recomendaciones. Para Touzard las sugerencias tienen un carácter menos formal y menos incitante que las recomendaciones, lo importante dice el, es formular sus sugerencias o recomendaciones en el momento propicio, ni demasiado pronto ni demasiado tarde.

Algunas propuestas del mediador pueden no tener ninguna posibilidad de éxito, sino cuando cada parte está convencida de que no es posible otra solución. Por ejemplo, en Japón las partes se encuentran

convencidas que el dialogo es lo mejor para llegar a un acuerdo satisfactorio, cuando este se hace imposible, las partes en la mayoría de casos se encuentran de acuerdo con la fórmula de solución del mediador o juez conciliador.

Todas las funciones estratégicas e intervenciones tácticas pueden ser usadas por el mediador dentro de la flexibilidad de los modelos prescriptivo de resolución de conflictos.

Los modelos prescriptivos son métodos que tratan de especificar cómo los sujetos pueden resolver los conflictos maximizando su efectividad. Cada componente de un modelo tiene un propósito bien definido dentro del método resolutivo, asegurando la posibilidad de descubrir la solución más efectiva. Un ejemplo, lo tenemos en el modelo de Zurilla y Goldfried, que establece cinco componentes o estadios:

a) Orientación del conflicto,

b) formulación y definición del conflicto,

c) elaboración de soluciones alternativas,

d) toma de decisiones,

e) implementación de soluciones y verificación

Bales y Strodbeck, encuentran, por el contrario, solo tres estadios en un modelo más sencillo: El primero, que comporta la mayor cantidad de interacción en el campo de la información, un segundo estadio, que se caracteriza por un gran número de evaluaciones, y, finalmente, uno tercero, que supone el mayor número de sugerencias.

El orden en que se han presentado los componentes o estadios no implica que, al resolver un conflicto, ese debe preceder en una secuencia

ordenada, unidireccional; la resolución efectiva de conflicto implica movimiento de avance yretroceso de una actividad a otra, hasta el descubrimiento de una solución satisfactoria.

Hacer de mediador, comprende un amplio abanico de funciones. El mediador, por las necesidades de la situación, adopta líneas de conducta que van desde la escucha pasiva a la intervención activa; por esa razón la psicología social hapensado que los mediadores deberían reunir ciertas cualidades.

Peters,[16] por ejemplo, sostiene que hay tres cualidades indispensables para ser un mediador eficaz: en primer lugar, experiencia en la negociación, pues debe ser capaz de comprender rápidamente que es lo que caracteriza cada caso y de comprenderque es lo que esta subyacente, las fuerzas relativas y las estrategias. Luego objetividad, el mediador debe tener suficiente imaginación como para ponerse en el lugar de cada parte y finalmente necesita imparcialidad, para ganarse la confianza de las partes que es indispensable para la eficacia de su acción.

Richadrd E. Walton[17] concluye en cambio que son cinco las cualidades mínimas del mediador : a) gran pericia profesional en lo que respecta a procesos sociales , b) poco poder sobre el destino de los protagonistas, c) mucho control sobre el ambiente y los procesos de confrontación, d) conocimiento moderado de los protagonistas, los problemas y factores fundamentales, y e) neutralidado equilibrio con respecto al resultado sustantivo, las relaciones personales y la metodología de resolución de conflictos.

Hasta aquí algunas consideraciones de otras disciplinas sobre la Conciliación, en todo caso lo importante de este apartado es saber que

---

16 PETERS, E. *Conciliation in action, principles and techniques*. New York: National Foremen's Institute, 1952.

17 WALTON, Richard E. *Conciliación de conflictos interpersonales: Confrontaciones y consultoríade mediadores*. México: Fondo Educativo Interamericano, 1973, pp160-161.

existe una actividad desplegada por el tercero en su intervención previa a la celebración delacuerdo de Conciliación, cuyo estudio ha correspondido a la psicología social. Sin embargo, es un estudio que no es ajeno a la disciplina de las ciencias sociales.

Por lo pronto puedo terminar diciendo que el tema de conciliación (aquí mediación) es mucho más complejo de lo que se piensa.

5. FINALIDAD DE LA CONCILIACIÓN

La conciliación como ya está definido es un acuerdo mediante el cual los sujetos, con la intervención previa de un tercero, ponen fin a un conflicto de intereses; por lo tanto, existe un constante intercambio de información y sentimientos para llegar a un entendimiento.

Entonces, se podría decir que la finalidad de la conciliación es llegar a un acuerdo justo, para ambas partes, ahora la pregunta es ¿cómo se puede obtener esto? Existen varios factores importantes de analizar; sin embargo, empezare porlos factores que pueden darle una finalidad óptima a la conciliación; que son básicamente el factor cultural y la comunicación.

Existiendo en la conciliación, una interacción directa y consciente entre individuos o entre un individuo y un grupo; la persuasión o sugerencia, puede relacionarse a un comportamiento relativamente inmediato o ser dirigido a ajustar a más largo plazo; puede influir para la conciliación y con esta la solución justa de una controversia.

Sin embargo, esta manera se emplea comúnmente cuando existen varios patrones alternativos, aceptables de comportamiento, para los individuos o grupo y no olvidemos que en nuestro medio la sociedad es muy heterogénea, lo cual no pasa en Japón cuya sociedad y cultura es bastante homogénea; por lo tanto, el conciliador que influye esta solamente sugiriendo, su patrón de solución del conflicto preferido, y por

lo tanto su preferencia puede ser ignoradapor las partes; debido a que otros patrones de comportamiento son considerados como más aceptables.

Asimismo, el conciliador para influir utilizará algún otro modo, como la persuasión. La persuasión, implica la urgencia y el uso de algún inductor, con objeto de provocar la respuesta deseada; requiere más presión que una mera sugerencia, pero el tipo de fuerza es menor que lo que implica una coerción.

Por lo tanto, el proceso para influir en el comportamiento no está necesariamente asociado a una jerarquía, cualquier interacción entre individuos tienen como resultante una transacción, la cual produce efectos conductuales y/o psicológicos.

Así tenemos que, la comunicación es el arte de desarrollar y lograr entendimiento entre las personas. Es el proceso por el cual se intercambia información y sentimientos entre dos o más personas, y esto es esencial para una conciliación efectiva.

El conciliador, debe tener una autoridad legítima que impere confianza en las partes que acuden a conciliar y a toda la ciudadanía, y ser conscientes en el sentido que las fórmulas de conciliación serán las más convenientes y las más justas, para resolver el problema controvertido.

Es así, como es necesario que el Conciliador tenga una autoridad carismática en principio, que dependa de su capacitación y de sus características personales, y a su vez está puede evolucionar hacia una autoridad racional, legal; en cuanto la institución de conciliación extrajudicial sea formalmente legitimada ante la ciudadanía.

El conciliador, a su vez tiene que saber interpretar las actitudes de las partes, que no es otra cosa que la estructuración en cada individuo de los actos de conocimiento y pensamiento, juicio de valor, y actos de

decisión voluntaria. Deesa manera, se puede conseguir saber el carácter propio y peculiar de cada persona y persuadirla para que concilie.

Ahora bien, la comunicación considerada como transmisión de mensajes que se preocupa por la eficiencia y la exactitud de la comunicación y cree que es un proceso por el cual una persona influye en el comportamiento de otra; sería muy conveniente para la conciliación en tanto lo que se quiere lograr es que las partes con ayuda de un conciliador lleguen a un arreglo bueno para ambas y para esto es necesario persuadir y tratar de convencer.

Entonces la necesidad de una buena comunicación, con todo lo que esto implica, también es completamente imprescindible para llevar a cabo una conciliación de manera seria y con legitimidad teniendo en cuenta, todo lo que puede ayudar, para seguir los objetivos planteados y valorar los resultados,ya que de ellos se puede aprender, sobre todo, para evitar errores.

Los propósitos para una finalidad apropiada de la institución de conciliación y las ventajas que esto conlleva serían, entonces: que las partes aprenden a dialogar entre sí, facilitar el acceso a la justicia, e incrementar la participación de la ciudadanía, como una satisfacción de necesidades de la sociedad.

Para observar la comparación, en Japón los principales motivos para introducir la conciliación en una ley, esto es alrededor de 1920, fueron entre otros la disminución de costos en relación a los costos de un procedimiento formal;otro motivo importante fue las mejores soluciones a las que llegaban las partes, puesto que no se seguía la aplicación literal de la ley, dándole a los litigantes, decisión en el resultado final de la controversia.

Pero, básicamente, el más importante de todos los motivos para introducir la conciliación, y que esta sea aceptada generalmente por la ciudadanía, es la tradición y con ella el espíritu de armonía el cual se muestra en la misma ley.

La Ley de Conciliación para Asuntos Familiares, art. 2: «el objeto de la Conciliación y la manera de buscar la solución a las controversias debebasarse en la moral (*dogi*) y en la armonía (*onjo*)».

La Ley de Conciliación para Asuntos Civiles, art. 1: «el propósito de estainstitución de Conciliación es encontrar una solución a las disputas civiles en conformidad con la razón (*jori*) y a una apreciación completa del estado del conflicto, para que las partes puedan hacer concesiones mutuas en beneficio deambas».[18]

De estos dos artículos se puede inferir la similitud que tienen las institucionesde conciliación en Japón y en América Latina en cuanto al fin de esta misma; nadie puede negar como ha quedado claro de que en ambos casos estamos hablando de un acuerdo como definición de la conciliación y en cuanto a la finalidad es buscar la solución justa para ambas partes.

Finalmente, el factor cultural, es un elemento significativo en la finalidad de la conciliación, porque su racionalidad tiene directa injerencia en la ciudadanía. De este modo, la ciudadanía puede constituirse en un factor de control de la institución de conciliación y en un instrumento de cambio en la sociedad. Al ser el factor cultural uno de los aspectos más importantes, los conciliadores deberánponer bastante atención para el desarrollo de las habilidades en la comunicación interpersonal, con el fin de apoyar a una justa solución.

---

18 TANAKA, Hideo. «The Japanese Legal System». Tokyo: University of Tokyo Press, 1978.

LA MUJER EN EL ARBITRAJE Y LA CONSOLIDACIÓN DE LOS DERECHOS

Roxana Sotomarino Cáceres[*]

Sumario: 1. Introducción.— 2. Los derechos de la mujer a través de la historia.— 3. Los derechos de la mujer en el Perú.— 4. La aplicación efectiva de la igualdad de derechos de la mujer en el arbitraje.— 5. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

A solicitud de las responsables de la edición de la importante colección, denominada *Biblioteca de Arbitraje* del Estudio Mario Castillo Freyre, se reflexiona sobre el papel de la mujer en el arbitraje. Agradezco, antes que nada, el honor de participar en este compendio pues resulta evidente la calidad y el gran aporte de la colección a la comunidad académica.

Pensar en el rol de la mujer en el arbitraje puede generar la idea de que existe una «victimización», en un área que, sin duda, involucra un alto nivel de profesionalización, de abstracción en materia de diferencia de género.

---

[*] Doctora en Derecho. Magíster en Derecho Civil y abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesora de pregrado y maestría en la PUCP, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y Universidad de San Martín de Porres (USMP). Ha enseñado en el Doctorado en Derecho de la Universidad Privada Antenor Orrego, USMP y Universidad Nacional Mayor de San Marcos, entre otras. Realizó una investigación posdoctoral en la Universidad Paris I, Panthéon-Sorbonne (Francia). Es investigadora, autora de libros y artículos diversos. Árbitra del Cámara de Comercio de Lima, del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, de la Cámara de Comercio y de la Industria de Arequipa, de Amcham. Ejerce la profesión de manera independiente.

Sin embargo, este artículo pretende destacar, con una mirada multidisciplinaria, la actuación «subliminal» del imaginario cultural para tratar igual, a todos los miembros de la sociedad. Se ha avanzado mucho y la presencia, cada vez más activa, de mujeres que integran las listas de árbitros a nivel nacional e internacional, así lo demuestra. Solo que es importante estar consciente de ciertos estereotipos, sesgos o prejuicios que aún se mantienen como parte de una realidad cultural y de un desarrollo progresivo de la normativa aplicable a las mujeres.

2. LOS DERECHOS DE LA MUJER A TRAVÉS DE LA HISTORIA

Bajo la mirada multidisciplinaria que se propone para atender este tema, Grace J. Craig con la colaboración de Don Baucum,[1] respecto del desarrollo psicológico de los seres humanos, comentan que, en los últimos años, se han producido cambios en las actitudes ante el trabajo. Aunque se citan los cambios ocurridos en los Estados Unidos de América, se destaca que antes de la década de los años setenta, se consideraba conveniente que la mujer permaneciera en su hogar si el marido, podía mantener a la familia. Subrayan estos autores, que muchos varones se oponían «firmemente» a la idea de que su cónyuge trabajara fuera de la casa. Los hombres aceptaban trabajos para mantener o preservar la seguridad económica. Las principales motivaciones fueron, entonces, cumplir con el «sueño americano» de «trabajar duro», acceder a una casa y a una buena jubilación. La empresa o el sistema, velaría por el bienestar de las personas. Este esquema se erosionó por diversos períodos de crisis económica pero también de diversos cambios sociales y políticos. Por otro lado, se desarrollaron movimientos importantes que pusieron en tela de juicio, los derechos civiles concedidos a determinados sectores. El trabajo no solo se consideró entonces, medio para acceder a la riqueza sino un mecanismo para canalizar, para satisfacer anhelos personales, para «obtener autoestima o ganarse el respeto».[2]

---

1 CRAIG, Grace J. y Don BAUCUM. *Desarrollo Psicológico*. Novena edición. México: Pearson Educación, 2009, p. 466.

2 *Idem*, p. 516.

En el caso de la mujer, se cuestionó el rol social asignado, el poco o nulo acceso a la educación y al trabajo. Preocupó a muchos, la necesidad de «moldear el sueño y convertirlo en una trayectoria profesional realista». Pero, es obvio que ya existían diferencias previas que generaron mayores reclamos y exigencias por parte de las mujeres.

Ciertamente, hubo y hay una necesidad económica, pero, al igual que los hombres, también se quiso alcanzar la satisfacción y realización personal a través de un trabajo fuera de la casa que concediera mayor independencia en diversos ámbitos. Las exigencias no necesariamente se satisfacían ni se satisfacen en el «papel tradicional de ama de casa» que constituyó una imagen modelada culturalmente a través del tiempo. Salir y conquistar un espacio fuera del hogar, no fue, sin embargo, tarea fácil.

Los patrones profesionales de la mujer para Craig,[3] no necesariamente siguen los mismos esquemas que los varones; la mujer seguiría una «gama más amplia de patrones». Algunas se ajustarían «al patrón masculino de trabajo sin interrupción»;[4] otras proyectaron y proyectan tener hijos cuando estén bien establecidas en su profesión; otras esperaron y aún esperan, a desarrollar una carrera cuando, criando a sus hijos, el último ingresó a la escuela o a la universidad. Algunas, han decidido no tener hijos enfrentando en muchos casos, el cuestionamiento de una sociedad patriarcal que aún asume un rol limitado al cuidado de los hijos para las mujeres. El tema radica en los obstáculos y conflictos que se enfrentan según Hansen en un trabajo de 1974, citado por Craig.[5] Esta investigación, mantiene plena vigencia.

Los problemas más comunes son, entre otros, el condicionamiento y socialización cultural sobre los roles sexuales pues no solo se enseña desde etapas tempranas, sino que se comparte socialmente, la idea de que las mujeres son más «débiles»; que deben ser «menos activas y que

3 *Idem*, p. 529.
4 *Ibidem*.
5 *Idem*, pp. 529 y 530.

sus capacidades son menores que la de los hombres». Este condicionamiento o modelamiento no solo aplicado a las mujeres sino a los varones en una sociedad, repercute en nuestro desarrollo profesional.

Además, como destaca Craig[6] se presentan conflictos de roles en el desempeño de papeles múltiples en el matrimonio y en el trabajo pues se lucha por mantener un espacio laboral con una carga mayor. Otro problema radica en que, por razones culturales, se pretende que muchas mujeres se concentren en el matrimonio que en obtener una carrera de éxito pues de lo contrario, se considera que no se ha alcanzado la posición social «asignada» a la mujer. Los papeles «femeninos» involucran tener hijos, actuar como «supermujeres» y compartir el tiempo con las actividades laborales, muchas veces, bajo expectativas irreales y extremadamente estresantes.

Lo más grave en nuestra opinión, es advertir sexismo y discriminación por razón de género. La discriminación en los métodos de contratación, en los sueldos, en los ascensos es una realidad en muchos ámbitos laborales, no obstante, los logros alcanzados.

Culturalmente y nuestro medio no es ajeno a ello, se ha formado «un patrón» o más bien, «un estereotipo» por el que las mujeres somos más «sensibles», «emocionales», que empleamos «menos» la parte racional de nuestro cerebro. Subraya Craig,[7] que existen mitos persistentes sobre el comportamiento o la motivación de las mujeres, muchos de los cuales han sido absolutamente falsos. Por ejemplo, se piensa que las mujeres en puestos gerenciales, profesionales (como la dedicación a la labor arbitral) o técnicos estarían menos dispuestas a correr riesgos, a innovar, o a hacer los sacrificios que demanda la labor encomendada, o el logro de una carrera. Se cree, además, «que no quieren, no necesitan o esperan los mismos sueldos que los hombres».

---

6 *Ibidem*.

7 *Idem*, p. 531.

Se ha demostrado que hombres y mujeres toman los mismos riesgos, que desempeñan su labor con la misma preocupación por alcanzar resultados óptimos. Sin embargo, Craig ha subrayado que, en muchas ocasiones, el comportamiento y trabajo de las mujeres es analizado «con criterios más estrictos» y no falta quienes reclaman que se «ajusten a varios estereotipos» y que se retiren a sus casas para atender a su familia. Otro factor importante, es la actitud de los subordinados ante el sexo femenino ante quien se conducen con una «franca hostilidad», suponiendo que el éxito de muchas mujeres no es «fruto de sus capacidades». Los psicólogos que han analizado el tema, incluso mencionan que, para algunos varones, habría temor de perder «el poder que han tenido sobre la mujer en la sociedad», el respeto o la estimación «tradicional».[8] Puedo dar fe sobre los comentarios recibidos, incluso, como docente, en cuanto a que, si trabajaba fuera del hogar, quien se quedaba con los hijos en casa. Esas preguntas, no se hacen a los varones que tienen hijos. Los períodos de descanso previos y posteriores al embarazo siguen siendo vistos como un problema. Algunos empleadores han llegado a afirmar que preferían contratar mujeres profesionales pues, aunque reconocían que trabajaban igual o más que un hombre, «podían pagarles menos».

Para Françoise Bouvier,[9] «La dominación del hombre sobre la mujer es una constante histórica y geográfica […]». La jerarquización se produjo, según esta autora, en base a un tema biológico referido a ser quienes traen los hijos al mundo; la procreación habría generado, una «apropiación» del cuerpo de la mujer. Lo que se inició con una separación de tareas a partir de la realidad natural del embarazo, a cargo de las mujeres, produjo la mayor dedicación de los varones a la defensa del grupo, la guerra, diversos trabajos. Pero, se silenció la opinión femenina; en muchos casos, se hizo «invisible» su labor en el hogar con comentarios referidos a que la mujer «no trabaja» si está en casa; y si sale, «traiciona» el papel que la sociedad o el modelo cultural, le asigna. Todo ello,

8 *Ibidem*.

9 BOUVIER, Françoise. *Maternités et libertés. Avortement, contraception, statut de l´embryon.* Paris: L´Harmattan, 2012, p. 5.

ha generado obstáculos, problemas que se remueven o solucionan solo si hay conciencia de ellos.

3. LOS DERECHOS DE LA MUJER EN EL PERÚ

Aunque los comentaristas peruanos se entusiasmen, como señala Carlos Ramos Núñez,[10] con el hecho de que, en la República, ya no existían nobles y plebeyos, no solo subsistía la esclavitud, sino que la condición jurídica de la mujer acusaba diferencias. En el *Manual del abogado americano,* por ejemplo, si dos personas nacían al mismo tiempo, se presumiría que el hombre había nacido primero; si nacían dos varones, y no constaba quien nació primero, se concedería a ambos, iguales derechos para el reparto de la herencia.

Los cambios normativos ocurridos en nuestro país, a partir del siglo XIX, reflejan la subordinación jurídica de la mujer;[11] la primera propuesta de Código civil de nuestra naciente República, anterior al que fuera aprobado en el año 1852, refleja las ideas del autor del proyecto, Manuel Lorenzo de Vidaurre. Por ejemplo, en el texto normativos se debía incluir la siguiente regla: «el marido es cabeza de la familia, pues tiene todas las facultades necesarias para hacerla feliz»; la mujer «aunque compañera, está bajo la potestad del marido (y) debe obedecerlo en cuanto no sea contrario a la ley o a la religión». Además, el marido debía tener el derecho de corregir a la mujer en forma «prudente», lo que no debía incluir ni azotes ni golpes. Señalaba Vidaurre según cita de Ramos, «Ni mi carácter, ni mi afición al sexo hermoso, me permitirán que quiera revivir esas crueles y vergonzosas prácticas de los siglos brutales, que aún se conservan en aquellas naciones que son la afrenta de nuestro linaje». Los «leves correctivos» mencionados por Vidaurre, tendrían que ser «prudentes pero eficaces». Un «semblante desagradable, la frialdad

---

10 RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *La Historia del Derecho civil peruano. Siglos XIX y XX. El orbe jurídico ilustrado y Manuel Lorenzo de Vidaurre.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, p. 88.

11 *Idem*, p. 254.

en el cariño, la economía en las palabras valdrá para muchos, más que los golpes, patadas y palos de que usa la plebe española con sus hembras».[12]

Si bien asumía Vidaurre, siguiendo las pautas del derecho natural, que la mujer era tan libre como el hombre, agregaba «pero su sexo y debilidad la obligan a sujetarse a persona extraña». Como menciona Ramos Núñez, Vidaurre y de seguro, muchos otros juristas de estos tiempos, se advertía lejana la posibilidad de reconocer los mismos derechos y obligaciones a hombres y mujeres. En el mismo sentido que Rousseau, Vidaurre señaló que la mujer sería *un objeto de la naturaleza* (el resaltado es nuestro y pretende indicar que no se atribuyó la calidad de sujeto de derecho) aunque «el más encantador». El marido, en el proyecto de Código Civil de Vidaurre, poseía todo el poder dispositivo para enajenar bienes muebles y semovientes de la sociedad y los de la mujer. Para los inmuebles pertenecientes a la mujer, se sugería obtener licencia judicial con audiencia de la cónyuge, sus padres y del fiscal. Se limitó en e texto de Código sugerido, el conceder la patria potestad de los hijos a la madre.

La historia legislativa, mostraría un "tránsito gradual" hacia la ampliación de los derechos de las mujeres. Sin embargo, el Código civil peruano de 1852, acogería «el elenco más acabado de restricciones». Aunque las normas generales pretendieran reconocer algún derecho, las particulares buscaban establecer de manera sistemática, restricciones a las prerrogativas, al someterla «a la patria potestad» del marido sin posibilidad de fijar un propio domicilio o ejercitar actividades económicas salvo que interviniera el marido o diera su consentimiento escrito según Ramos.[13] Se consagraba una incapacidad general de contratación para la mujer casada. Sin embargo, aunque era «rescindible»

---

12 *Idem,* p. 255.

13 RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *La historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX. La codificación del siglo XIX: los códigos de la confederación y el Código civil de 1852,* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, tomo II, p. 283.

el contrato de la mujer celebrado sin autorización del marido, se permitía su validez en algún ramo de la industria o comercio en el que ejercían públicamente. En este Código Civil se les concedió la patria potestad de sus hijos legítimos en ausencia o incapacidad del marido y la patria potestad de sus hijos ilegítimos. Se reconocieron algunos derechos para adquirir servidumbres reales y no responder por las deudas del marido.

En el discurso jurídico, durante el siglo XIX, personajes como Manual Atanacio Fuentes (conocido como «el Murciélago») justificarían de manera contundente, la supremacía del varón en el seno de la familia[14] pues en toda organización debía existir un jefe y ese cargo debía recaer en un varón. Por si el escenario de discriminación no estuviera completo, se añadía a él, los comentarios de Fuentes en cuanto a que las mujeres «de raza blanca» serían de «mejor» condición social y jurídica que las negras e indias, y la de Lima, la que merecería mayores elogios, sobre todo si no era de origen popular. Aunque en apariencia, pareciera admitir el ejercicio de derechos civiles, Fuentes justificó el recorte de la libertad contractual de la mujer entre otros derechos al asumir una «natural» dependencia de ella hacia el hombre.

El Código de Comercio peruano, vigente desde el año 1902, no señaló ninguna limitación para que la mujer soltera pudiera ejercer actividades comerciales o de comercio; sin embargo, en el artículo 9, se especificó que luego de contraer matrimonio, debía obtener la licencia del marido para ejecutar sus actividades; la licencia se presumiría concedida si el marido no publicaba en el periódico oficial, el de la provincia o departamento, la cesación de su mujer en el ejercicio del comercio. Además, si la mujer casada seguía ejerciendo el comercio, de acuerdo al artículo 7, de este Código, se debía presumir autorizada a realizar esta actividad. El artículo 6, expresaba que, desde los dieciséis años, la mujer podría ejercer el comercio con autorización del marido

14 RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *La historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX. Los jurisconsultos: el Murciélago y Francisco García Calderón.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, tomo III, p. 102.

consignada en escritura que se debía inscribir en el registro mercantil. El ejercicio mismo de las actividades de comercio por parte de la mujer casada, sin que el cónyuge hiciera declaraciones limitativas, llevaba a considerar que se había otorgado la autorización.

Aunque el artículo 40 de la Constitución política peruana de 1933, reconoció la libertad de comercio e industria, no expresó regla alguna sobre este tema. Esto cambió al dictarse la Constitución de 1979, se asumió la plena igualdad de derechos en su artículo 2) numeral 2). Los comentarios de diversos juristas sobre el particular consideraron que habían quedado derogados los artículos que exigían que la mujer cuente con autorización del marido para ejercer actividades comerciales.

Como quiera que se asumió la necesidad de renovación del Código civil de 1852, ya en el siglo XX, se discutió y aprobó el Código civil de 1936; como destaca Ramos Núñez,[15] en el que se reconoce a la mujer, facultades que «los prejuicios le habían negado». Se le concedieron derechos para la administración de sus bienes y en la garantía de la diligente y honrada gestión de los que competen al marido […]». Se asumió que los esposos o cónyuges no tuvieran un poder autoritario sobre las mujeres sino más bien, tuvieran mutuas obligaciones. La formación de un patrimonio propio concedido a la mujer fue concebida como una conquista que aseguró a la madre y la prole, protección contra un «marido dilapidador o negligente». Pero, ello no impidió discusiones más conservadoras. En todo caso, Ramos destaca que se daban diferencias reales en cuanto a la situación de la mujer de clase media y alta frente a la de clase baja que difícilmente podía acceder a la educación o las ventajas de los cambios normativos.

Un panorama muy diverso fue el del Código Civil peruano de 1984, desarrollado en función de una Constitución de corte progresista y fruto

15 RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *La historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX. El Código Civil de 1936. El bosque institucional.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011, vol. 3, tomo IV, p. 205.

de debates y luchas en torno a la libertad de la mujer desarrollados en diversos países.

Sin embargo, la percepción del grupo social o las consideraciones culturales sobre los roles de género, se mantienen o cambian con mayor lentitud que las disposiciones normativas.

En tiempos relativamente recientes, Demus,[16] ha destacado que «Los marcos legales para la equidad de género y para la promoción de las mujeres marginadas son fundamentales, pero no olvidemos, que a pesar de que pueden ser técnicamente muy desarrollados, en su aplicabilidad, muchas veces requieren de normas de menor rango que los hagan efectivos o, que por lo menos, no entorpezcan su acción de justicia».

Muchas veces es más fácil o accesible, cambiar las leyes o la normativa jurídica que las mentalidades.

Se indica en este documento, lo siguiente:

> Lamentablemente muchas leyes, a su vez, pueden encontrarse a la vanguardia de los sistemas jurídicos internacionales, pero los reglamentos o protocolos para que se apliquen con justicia dejan mucho que desear. Es el caso de la Ley de Igualdad de Oportunidades que, si bien es cierto, ahora se ha convertido en políticas a ejecutar por los gobiernos regionales y locales, no es efectiva en muchos de sus puntos centrales, sobre todo, cuando se trata de acceso a puestos laborales. (p. 4)

Ciertamente, en nuestro país, los estudios sobre equidad de género se han volcado a los aspectos más álgidos de la protección a la mujer que involucran impedir la violencia en sus distintas formas; se ha advertido; sin embargo, las dificultades en el acceso a la educación, al trabajo y a los mismos ingresos frente a la misma labor.

---

16 DEMUS. *Los derechos humanos de las mujeres en el Perú*. Lima: Demus, 2010, p. 4.

Con fecha 1 de junio de 1982, el Congreso de la República del Perú dictó la Resolución Legislativa que aprobó la «Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer» (Cedaw), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución 34/180 del 18 de diciembre de 1979. Esta Convención fue suscrita por el Estado peruano el 23 de julio de 1981.

Mediante la Ley n.º 28983-de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, publicada el 16 de marzo del año 2007, se fijaron reglas destinadas a establecer un marco normativo, institucional y de políticas públicas destinada a fomentar prácticas, promover la adopción de valores, actitudes, comportamientos equitativos entre hombres y mujeres evitando la discriminación.

4. LA APLICACIÓN EFECTIVA DE LA IGUALDAD DE DERECHOS DE LA MUJER EN EL ARBITRAJE

Un rasgo fundamental del arbitraje es la especialización en los mecanismos para la solución de los conflictos; en este ámbito, no se han hallado limitaciones formales hacia reconocer la igualdad de hombres y mujeres. Este «juicio privado» que en forma acertada ha sido definido por Mario Castillo Freyre y Ricardo Vásquez Kunze,[17] como la «verdadera reforma de justicia», ha pasado por distintas etapas. Desde que el Código civil peruano de 1984, lo regulara bajo la figura de la Cláusula Compromisoria y compromiso arbitral, en el título XI (apartado derogado) hasta que se dictara normativa especial que actualmente, se concentra en el Decreto Legislativo n.º 1071, han pasado muchos años y la justicia arbitral se ha fortalecido.

[17] Trabajo pionero y sumamente valioso de loa autores antes indicados que es destacado por el doctor Felipe Osterling Parodi en el prólogo del libro *Arbitraje y constitución. Biblioteca de Arbitraje* del Estudio Mario Castillo Freyre, siendo publicado en Lima, en el año 2012, tanto por el citado Estudio como por Palestra.

Actualmente, se advierte que el proceso arbitral reduce el tiempo en el que se alcanza la solución de los conflictos, genera mayor predictibilidad de resultados por la especialización de los árbitros, entre otros beneficios, frente al desarrollo del proceso en sede judicial.

Sin embargo, no se cambia fácilmente la mentalidad de los grupos sociales. Es de esperar que fuera progresiva la incorporación de árbitros mujeres. Un interesante artículo de Tatiana Herrada Sánchez,[18] menciona que, «En el arbitraje, concretamente, la equidad de género alude e invita a la apreciación del hombre y la mujer por igual, sin diferencias de trato basadas en las características inherentes al género». Advierte, sin embargo, que existen ideas preconcebidas en torno al tema.

Demus,[19] ha comentado en la investigación ya citada sobre los derechos de las mujeres, que actualmente, el sistema de justicia peruano no cuenta con ninguna medida de acción afirmativa para garantizar la participación de las mujeres en las esferas de decisión dentro de las instituciones del propio sistema de justicia. Sin embargo, en los últimos tiempos, podemos advertir que las presidentas del Tribunal Constitucional peruano, del Poder Judicial y Ministerio Público peruano, actualmente, son mujeres. Ello revela que. sin estas medidas, progresivamente, se ha garantizado el acceso de las mujeres a importantes cargos en a administración de justicia.

Las investigaciones advierten el largo camino recorrido; de detectarse la presencia de «sesgos» o prejuicios, es indispensable una acción afirmativa que evite cuestionar la capacidad de las mujeres para ejercer la labor arbitral, solo por ser mujeres. En la práctica, se trata de acceder a estos cargos, en pie de igualdad con los varones.

---

18. HERRADA SÁNCHEZ, Tatiana. «¿Más mujeres árbitros? La equidad de género en los tribunales arbitrales». En *Thémis*-Revista de Derecho, enero-junio 2020, n. 77. pp. 531-545.

19 DEMUS. *Op. cit.*, p. 123.

Si advertimos que una forma de discriminación hacia la mujer se produce a partir de la reducción de los ingresos frente a la misma labor, en cuanto a los honorarios arbitrales, es de destacar que ha operado una auténtica equidad pues no es posible abonarlos en forma distinta entre los árbitros. El criterio de determinación de los mismos, en sede arbitral o de arbitraje *ad hoc,* se realiza en función de la cuantía en controversia o las características del conflicto.

En todo caso, hasta la fecha, no se ha advertido obstáculos en la incorporación de árbitros mujeres a la nómina de los centros, a partir de algún sesgo o prejuicio. En la práctica, recurrir en algunos casos, al sorteo facilita con procedimientos que garanticen una elección imparcial, ajena al género de los árbitros.

Sin embargo, es sumamente valiosa la investigación realizada por Tatiana Herrada,[20] sobre los porcentajes de mujeres árbitros o árbitras incorporadas a las nóminas de las principales instituciones arbitrales del país; se ha considerado en el estudio, al Centro de Análisis de Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú o Amcham Perú, advirtiéndose que en los dos primeros centros, no se superaba el 19 % de mujeres en la lista mientras que en el caso de Amcham, se llegaba a un tercio de mujeres integrando las listas (30 %).

Cabe advertir que además de la incorporación a la nómina, convendría considerar a nivel nacional, si las árbitras o árbitros mujeres, finalmente acceden a una designación para ocuparse de un proceso. Ciertamente, la confidencialidad es un elemento importante en el arbitraje. Pero, no se trata de ahondar en datos sobre las partes sino en sí, en la práctica, se designa más varones que mujeres para ejercer la función arbitral. Coincidimos con las apreciaciones de Tatiana Herrada

20 HERRADA SÁNCHEZ, Tatiana. *Op. cit.*, p. 535.

en cuanto a que, en este ámbito de justicia privada, tanto los centros de arbitraje nacionales como extranjeros han emprendido y desarrollan una eficiente labor para impedir que se limiten los derechos de las mujeres.

Aunque se alude a la necesidad de tribunales arbitrales «más diversos», sería importante que no se considere que incorporar mujeres representa incluir a alguien que imponga una mirada distinta o diversa en tanto, en esta materia, no se administra una justicia con perspectiva de género como si ocurre en otros casos. Las materias sometidas a arbitraje engloban, sobre todo, la atención de conflictos patrimoniales distinta a la solución, por ejemplo, de problemas de violencia contra la mujer, que exigen un análisis bajo una perspectiva de género.

Lo cierto es que, dadas las dificultades advertidas en párrafos anteriores, es probable que adquirir el mismo prestigio que los varones, pase por considerar que las actividades de difusión del arbitraje, dirigidas por hombres, en muchos casos, han «cerrado» la admisión de mujeres para dictar conferencias. En este sentido, aunque se pudiera haber generado el malestar del «descubrimiento», nos hemos ocupado de destacar en la propaganda de estas actividades, la presencia de un 98% de expositores y una mínima participación de mujeres. Es destacable la labor de los centros de arbitraje (Centro de Análisis de Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Cámara de Comercio de Lima, Amcham Perú, el Instituto Peruano de Arbitraje, entre otros) cuando se ha tratado de favorecer la intervención de mujeres expositoras en estos temas.

Sin duda, la descripción de los cambios normativos para lograr la igualdad de derechos entre hombres y mujeres pone en evidencia lo prolongado de la lucha. Consideramos que, aunque la normativa fue modificada, los modelos y condicionamientos culturales podría persistir aún en ámbitos como la justicia arbitral. Sin embargo, las restricciones, si las hay, se reducen, gracias a que existe conciencia del problema e intención de cambio.

No ha sido fácil el tránsito recorrido desde el siglo XIX, para desarrollar actividades comerciales o profesionales sin necesidad de la autorización del marido; que se accediera a un patrimonio propio; tener el derecho a no ser vista como un «objeto decorativo»; el logro de la plena independencia del control masculino (sea de padres o maridos).

Aunque se ha destacado la necesidad de garantizar mayor pluralismo, e incluso, exigir porcentajes obligatorios de mujeres en la nómina de los centros arbitrales, se trataría, sobre todo, de exigir que la consideración al género no sea un factor que impida el acceso a las citadas listas. Reiteramos que una mujer profesional no piensa diferente que un varón y, de hecho, en los diálogos que impulsamos al interior de un tribunal arbitral, no se ha advertido criterios distintos para analizar la respuesta ante problemas procesales derivados de la Ley de Arbitraje, al evaluar contratos, las indemnizaciones, etc. Es la calidad profesional de nuestras apreciaciones, la imparcialidad, independencia, probidad la que guía l labor y es ello, lo que debe ser observado al elegirnos.

Como se menciona en el trabajo de Tatiana Herrada «[…], podrían existir sesgos de género inconscientes. Sin embargo, este fenómeno no es exclusivo del arbitraje, sino que se extiende a otros ámbitos, incluso los personales».[21] Estos sesgos, como apreciaciones preconcebidas no sustentadas en la realidad, es algo que se debe advertir y combatir. De advertir que las partes incurren en limitación a la designación a partir de señalar que «no designan mujeres», es indispensable considerar que se estaría ante una violación constitucional del principio de igualdad de derechos entre hombres y mujeres y un acto discriminatorio que no debe ser aceptado.

21 *Idem*, p. 539.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOUVIER, Françoise. *Maternités et libertés. Avortement, contraception, statut de l´embryon*. Paris: L'Harmattan, 2012.

CRAIG, Grace J. y Don BAUCUM. *Desarrollo psicológico*. México D. F.: Pearson Educación, 2009, 9.ª edición.

CRAIG, Grace J. *Desarrollo psicológico*. México: Prentice Hall, 2009, cuarta edición.

DEMUS. *Los derechos humanos de las mujeres en el Perú*. Lima: Demus, 2010.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE. *Arbitraje y constitución*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre y Palestra, 2012.

HERRADA SÁNCHEZ, Tatiana. «¿Más mujeres árbitros? La equidad de género en los tribunales arbitrales». En *Thēmis*, enero-junio 2020, n.º 77, pp. 531-545.

RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *La historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011, tomo IV.

RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *La historia del derecho civil peruano. Siglos* XIX *y XX*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, tomo III.

RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *La historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, tomo II.

RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *La historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, tomo I.

LA OMISIÓN DEL DEBER: ENTRE LA CONFIDENCIALIDAD Y LA REVELACIÓN

Ruth Elena Yupanqui Torres *

Sumario: 1. Introducción.— 2. Ámbito constitucional y legal de los arbitrajes donde el Estado peruano es parte.— 2.1. Ámbito constitucional.— 2.2. Ámbito legal: ley general.— 2.3 Ámbito legal: ley especial.— 3. Las piedras angulares del arbitraje.— 4. Planteamiento del tema.— 5. La confidencialidad.— 5.1. Un acercamiento sobre su alcance.— 5.2. Regulación de la confidencialidad en el Perú.— 5.3. Consecuencias por quebrantamiento al deber de confidencialidad.—5.3.1. Responsabilidad administrativa.— 5.3.2. Responsabilidad civil negocial (contractual).— 5.3.3. Responsabilidad civil extracontractual.— 5.3.4. Responsabilidad penal y subsiguiente responsabilidad civil.— 5.3.5. Responsabilidad disciplinaria y corporativa.— 5.4. Regulación de la confidencialidad en los reglamentos de algunos centros de arbitraje del Perú.— 5.4.1. Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL).— 5.4.2. Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.— 5.4.3. Cámara de Comercio Americana del Perú (AmCham).— 6. La declaración y el deber de revelación de los árbitros.— 7. ¿Enfrentamiento entre la confidencialidad y el deber de revelación?— 8. La omisión del deber de revelación.— 8.1. El Reglamento de la LCE regula los supuestos de infracción al Código de Ética.— 8.2. El Código de Ética para el arbitraje en

* Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Procuradora pública adjunta del Ositran.

contrataciones del Estado.— 8.3. Normativa que establece la obligación de revelar información por parte de los árbitros - declaración jurada de intereses (DJI).— 8.4. Referencia en la jurisprudencia peruana en cuanto a la omisión del deber de revelación.— 8.4.1. Las directrices de la Bar International Association (IBA) en cuanto a la omisión del deber de revelación.— 8.4.2. Apreciaciones en torno a las acciones que se habilitan ante la omisión al deber de revelación.— 9. Conclusiones.— 10. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, en las últimas tres décadas el arbitraje en la contratación pública ha cobrado mayor trascendencia lo que se ha viabilizado por su reconocimiento constitucional, así como por su desarrollo legal (Ley de Contrataciones del Estado, Ley de Arbitraje, entre otras); atendiendo a que el legislador ha optado por su utilización como un mecanismo de resolución de controversias, con alcance jurisdiccional.

Se sabe que, si el Estado es una de las partes del Arbitraje, para este se vuelve obligatorio dicho mecanismo para solucionar sus controversias (así como para sus contratantes que se someten una vez que hayan decidido voluntariamente contratar). Así lo ha decidido el legislador al emitir disposiciones normativas como son las cláusulas tipo (para la solución de controversias)[1] en los contratos suscritos, en el marco de la Ley de Contrataciones con el Estado. Ello ha producido una transformación paulatina en el sistema de administración de justicia en nuestro país.

[1] El artículo 32.3 de la LCE estipula que: «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 del contrato por incumplimiento, conforme a lo previsto por el Reglamento».

Pero, además, la institución arbitral ha merecido, cada vez en mayor medida, la atención de juristas, académicos, operadores —y, cómo no, del legislador—, lo cual se ve reflejado en su regulación, así como en la implementación de mecanismos que tiendan, si bien a garantizar su funcionamiento y eficiencia, también los limitan.

¿Y cómo es que se pueden visualizar esto? Pues considero que, a partir de la figura del árbitro, cuyas actuaciones, u omisiones, y desempeño son los que realzan o debilitan —y hasta pueden contribuir a su descrédito— a este mecanismo de resolución de conflictos, afectando su legitimidad ante la opinión pública.

No es objeto de este artículo desarrollar —al menos no de forma exhaustiva— las características y todos los aspectos consustanciales que rodean a los árbitros, pero si nos parece conveniente identificarlos, en tanto son condiciones para ejercer ese encargo, los mismos que van desde su capacidad, aptitud, idoneidad, profesionalismo, prestigio y solvencia ética; necesarios para que pueda resolver una controversia acorde con el marco legal y dentro del alcance del convenio arbitral.

En ese contexto, y efectuando un enfoque particular, surgido desde el ejercicio de la defensa jurídica del Estado en materia arbitral, como expresión de una válida preocupación para verificar el estricto cumplimiento de las exigencias impuestas a los árbitros para realizar el encargo encomendado; a cuyo efecto he considerado tratar sobre dos temas concomitantes al árbitro: la confidencialidad y el deber de informar; siendo más propio decir que es a la omisión de dichos deberes.

En tal virtud, y considerando que es habitual en la tramitación de los Arbitrajes (donde el Estado es parte) recibir información que circunda a los árbitros, lo que no siempre es así, so pretexto del deber de confidencialidad; dificultando en la práctica la indagación razonable sobre lo declarado o revelado durante el Arbitraje; que incide y puede afectar la imparcialidad e independencia con la que se deben conducir

dichos árbitros. Con tal objeto, nos referiremos al marco normativo, doctrinario y casuístico, a efectos de concluir, de ser el caso, que los órganos decisores de las infracciones y sanciones deben ponderar la omisión al deber de revelación; considerando en primer lugar, que el árbitro tiene y mantiene ese deber en forma permanente, rigurosa y precisa y; en segundo, porque se trata de infracciones a deberes y normas éticas, que tendrán que ser valorados, precisamente, por dichos órganos.

2. ÁMBITO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LOS ARBITRAJES DONDE EL ESTADO PERUANO ES PARTE

2.1. Ámbito constitucional

Nuestra vigente Constitución Política de 1993 establece la posibilidad para el Estado de someter a arbitraje aquellas controversias derivadas de las relaciones contractuales que este celebre. En efecto, el artículo 63 estipula en su último párrafo que:

> […] *El Estado* y las demás personas de derecho público *pueden someter las controversias* derivadas de relación contractual […] *a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley*. (Énfasis agregado)

Asimismo, en nuestro país el arbitraje se ha regulado como jurisdicción por mandato constitucional, desde la dación de la Constitución Política peruana de 1979, así como en la vigente Constitución Política de 1993,[2] en cuyo artículo 139 estipula:

---

[2] A su vez, su antecesora, la *Constitución Política peruana de 1979 en su artículo 233* reconocía como jurisdicción al arbitraje, en términos muy similares:
«Son garantías de la administración de justicia:
1.- La unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional.
No existe ni puede establecer jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar. […]».

> Artículo 139.- «Principios de la Administración de Justicia
>
> 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* […]». (Resaltado agregado)

Concordados ambos textos constitucionales, se establece pues una autorización para acudir al arbitraje, atendiendo a este como jurisdicción, equiparable a la justicia ordinaria, que no es otra que el Poder Judicial.

Ello, sin embargo, no es aceptado pacíficamente por un sector de la doctrina nacional. En efecto, por ejemplo, para Rigoberto Zúñiga Maraví, la construcción del modelo Arbitral en nuestra Constitución debe hacerse desde la teoría contractual de la naturaleza del arbitraje.[3] Por su parte, Eder Juárez Jurado se decanta por la teoría autónoma, que a su juicio es la que mejor enfocaría la naturaleza del arbitraje,[4] explicando que: «[…] Así, la naturaleza del arbitraje es la de ser una institución sui generis, pues su causa-fuente (aspecto contractual del arbitraje) no es la que define por si sola al arbitraje, sino también su causa-fin (aspecto

---

3 Así se aprecia de su obra «La eficacia del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias empresariales a la luz de la teoría contractual y la teoría jurisdiccional sobre su naturaleza jurídica». En *Biblioteca de Arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2019, vol. 69, en donde concluye (ver p. 178):
«17. En este orden de ideas, creemos que el modelo a establecerse debería construirse sobre la teoría contractual de la naturaleza del arbitraje, la cual, a todas luces, presenta dos ventajas: (i) conserva la eficacia del laudo entendido como objeto del contrato de arbitraje, y la voluntad de las partes de someter controversias de arbitraje; y (ii) otorga al recurso de anulación el peso doctrinario e internacional que tiene ganado como mecanismo de control por excelencia del laudo arbitral.
18. Esto implicaría la eliminación del arbitraje en el artículo 139, inciso 1 de la Constitución, siendo las normas bajo las que se juzgue su constitucionalidad, los artículos 2, inciso 14, 62 y 63 de la Constitución, lo cual resulta más lógico con la conexión innegable que existe entre los dos primeros artículos, por lo que la base constitucional del arbitraje sería la autonomía de la voluntad».

4 En suma, el arbitraje es, simple y llanamente, eso: arbitraje. Una institución que nace de la autonomía de la voluntad, que tiene elementos equivalentes a la función jurisdiccional, pero sin ser tal, sino la de ser un medio privado y alternativo de impartición de justicia, pero que, necesariamente, debe ser controlado por el Estado a través de la jurisdicción. Así se aprecia de su obra *Teoría del arbitraje y los fundamentos de su constitucionalización y del control constitucional*. *Biblioteca de Arbitraje* Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2019 (ver p. 207).

dikelógico de la función arbitral). Equiparar el arbitraje a la función jurisdiccional o identificarla como el "equivalente jurisdiccional" es desconocer su naturaleza propia: la de ser un mecanismo natural de solución de conflictos de libre disposición, que nace muy anterior al Estado, y a la función jurisdiccional, consustancial a la evolución del hombre mismo como ser social. […]».

Lo que sí es unánime es que los principios de la administración de justicia, tales como la independencia en el ejercicio de la función, la observancia a un debido proceso, así como la motivación de las decisiones, constituyen garantías exigibles en el fuero arbitral, donde el árbitro es su garante inexcusable. Y es que estos derechos están premunidos de protección constitucional (artículo 139 de la Constitución Política del Perú).

2.2. Ámbito legal: ley general [5]

En dicho marco, se emitió la Ley General de Arbitraje, aprobada por Decreto Ley n.° 25935[6] —derogada— sustituida por la Ley n.° 26572[7]

---

5 Cabe recordar que, «Mientras estuvieron vigentes las disposiciones arbitrales contenidas en el Código Civil de 1984, la ley distinguió dos tipos de contratos arbitrales: la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral». En *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (primera y segunda parte). *Biblioteca de Arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2014, vol. 25, tomo 1. Por Mario Castillo Freyre, Rita Sabroso Minaya, Laura Castro Zapata y Jhoel Chipana Catalán, p. 29.
Asimismo, a página seguida, complementariamente, se indica: «Con la finalidad de corregir este sistema obsoleto, el 7 de diciembre de 1992 se promulgó el Decreto Ley n.° 25935, Ley General de Arbitraje, el cual recurrió a una nueva figura conocida en la doctrina y legislación comparada como "convenio arbitral"».

6 Cabe destacar que contemplaba en su artículo 1 que: «Pueden igualmente someterse a arbitraje, sin necesidad de autorización previa, las pretensiones y controversias referentes a bienes muebles o inmuebles o a obligaciones del Estado y de sus dependencias, de los Gobiernos Central, Regional y Local, y de las demás personas de derecho público, siempre que deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual. En estos casos el arbitraje será necesariamente de derecho».

7 En cuyo artículo 2 estipula: «Pueden ser sometidas a Arbitraje nacional, sin necesidad de autorización previa, las controversias derivadas de los contratos que el Estado Peruano y las personas de derecho público celebren con nacionales o extranjeros domiciliados, así como las que se refieren a sus bienes. […]».
Cabe mencionar que en el segundo párrafo de su artículo 3, esta ley se refiere al Arbitraje de Derecho y el de Conciencia, estableciendo que: «[…] Salvo que las partes hayan pactado expresamente que el arbitraje será de derecho, el arbitraje se entenderá de conciencia. […]».

denominada también Ley General de Arbitraje, la cual fue derogada, a su vez, por el vigente Decreto Legislativo n.º 1071 que norma el arbitraje, denominada Ley de Arbitraje (y así se consignará en lo sucesivo), el cual regula, también, el arbitraje del Estado peruano en su artículo 4,[8] inciso 2, en los siguientes términos:

> […] 2. Las controversias derivadas de los contratos y convenios celebrados *entre*
> *estas entidades estatales pueden someterse también a arbitraje nacional*.[9] (Énfasis agregado)

Mientras que en el inciso siguiente precisa:

> 3. El Estado puede someter a arbitraje nacional las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros no domiciliados en el país.

Si bien a través del Decreto de Urgencia n.° 020-2020, publicado el 24.01.2020, se modificaron algunas normas del Decreto Legislativo n.° 1071 —como son los artículos 7, 8, 21, 29, 51, 56, y 65; en donde se han incorporado disposiciones referidas a: i) el tipo de arbitraje, ii) competencia en la colaboración y control judicial, iii) incompatibilidad para actuar como árbitro, iv) procedimiento de recusación, v) transacción, vi) la incorporación de la figura del abandono, vi) la confidencialidad, vii) el contenido del laudo y viii) consecuencias de la anulación—; no ha sido materia de modificación la disposición que habilita el empleo del Arbitraje por parte del Estado como mecanismo para solucionar las controversias derivadas de los contratos que este celebre dentro del alcance del ya citado artículo 4 de la Ley de Arbitraje.

---

8 Se ha de tener en cuenta que la referencia al Estado peruano comprende al Gobierno Nacional (las normas antecesoras lo denominaban Gobierno Central), los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales y sus respectivas dependencias, así como las demás listadas en el referido numeral 1.

9 Las entidades a las que se alude son las que comprende el gobierno nacional, los gobiernos regionales, los gobiernos locales, y sus respectivas dependencias, entre otras, conforme al inciso 1 del citado artículo 4.

En este punto, cabe mencionar que coincidimos con el profesor Mario Castillo y Rita Sabroso,[10] cuando señalan que «[…] en la Ley de Arbitraje, el Estado y sus entidades están considerados en un plano de igualdad con las partes en virtud de un convenio arbitral»; esa es una necesaria consideración que hemos de tener presente al analizar las instituciones jurídicas al interior del Arbitraje, durante todo el desarrollo del procedimiento arbitral.

2.3. Ámbito legal: ley especial

Por su parte, la vigente Ley de Contrataciones con el Estado, Ley n.° 30225, cuyo TUO fue aprobado por el Decreto Supremo n.° 082-2019-EF,[11] ha establecido en su artículo 32[12] que los contratos regulados por dicha ley incluyen necesariamente —léase obligatoriamente—, entre otras, la cláusula de solución de controversias, bajo responsabilidad.

Al respecto, Jorge Santisteban de Noriega señala: «[…] me parece que la cláusula arbitral constituye más bien una muestra de desprendimiento de la superioridad del Estado frente a los particulares, para someterse a arbitraje que es justicia privada y que tiene entre sus postulados básicos el respeto al principio de igualdad entre las partes».[13]

---

10 CASTILLO FREYRE, Mario, Rita SABROSO MINAYA, Laura CASTRO ZAPATA y Jhoel CHIPANA CATALÁN. En *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. *Op. cit*., p. 102.

11 Que derogó la anterior Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo n.° 1017, el cual en su artículo 40 estipuló como cláusula obligatoria la referida a la solución de controversias, las cuales se resolverán mediante conciliación o arbitraje.
La antecesora de esta última, la Ley n.° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, ya había regulado por primera vez, en su artículo 41 (como *cláusula obligatoria*) la solución de controversias en similares términos.

12 Específicamente en el numeral 32.3 que: «*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». (El sombreado y subrayado ha sido agregado).

13 En «Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje». Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, referido al art. 4 de la Ley de Arbitraje, p. 48.

Adicionalmente, la Ley de Contrataciones del Estado, en concordancia con su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo n.° 344-2018-EF, estipula que:

- *Las controversias que surjan respecto al contrato* (sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez), *se resuelven mediante* conciliación o *arbitraje* (ver artículo 45, numeral 45.1,[14] siendo que el aludido numeral delega en su Reglamento la definición de los supuestos para recurrir al arbitraje *ad hoc*).

- Establece el *predominio de las normas del derecho público sobre las normas de derecho privado* (ver artículo 45, numeral 45.10).[15]

- *El arbitraje es de tipo institucional* (ver artículo 233, numeral 233.1 del Reglamento).

- Precisa que *el arbitraje es de derecho* (ver artículo 45, numeral 45.14) y *es nacional* (ver artículo 225, numeral 225.1 de su reglamento).

- Se puede recurrir al *arbitraje ad hoc* cuando las controversias deriven de contratos cuyo monto contractual original sea menor o igual a S/ 5 000 000,00.

  Si bien no nos vamos a detener a analizar si resulta más conveniente para el Estado regular el arbitraje de tipo institucional en los arbitrajes en los que participa, y excluir al arbitraje tipo *ad hoc*

---

14 Y cito: Artículo 45.- «Medios de solución de controversias de la ejecución contractual.
45.1 *Las controversias* que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato *se resuelven, mediante* conciliación o *arbitraje*, según el acuerdo de las partes. En el reglamento se definen los supuestos para recurrir al arbitraje *ad-hoc*. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje».

15 El cual estipula: «45.10 *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».

—no obstante, se puede coincidir [16] en que el institucional reflejaría más ventajas para los Arbitrajes donde interviene el Estado—; es necesario remarcar que *el Estado peruano ha optado por legislar como obligatorio el empleo del Arbitraje como mecanismo de solución de aquellas controversias derivadas de los Contratos que ha suscrito, en el marco de la Ley de Contrataciones*.[17]

3. LAS PIEDRAS ANGULARES DEL ARBITRAJE

Comparto la visión de muchos juristas que opinan que *el convenio arbitral y la figura del árbitro* son sus piedras angulares, el primero porque es la partida de nacimiento para la existencia del arbitraje, y el segundo, por cuanto es en quien recae la función de administrar justicia, a cuyo efecto, tiene el encargo de dirigir el procedimiento arbitral, y emitir una decisión respecto a las controversias que surjan entre las partes contratantes (nos referimos al laudo). Por ello, es de necesidad que las partes contratantes pacten un convenio arbitral, y desde luego, que elijan acertadamente a los árbitros.

En lo que respecta al *convenio arbitral*, sabemos, en virtud del artículo 13 de la Ley de Arbitraje, que «[…] 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 […]».

---

16 Como si lo destaca la profesora Pierina Mariela Guerinoni Romero al señalar que «[…] estamos en condiciones de afirmar que es el arbitraje institucional el que se perfila como el único idóneo para los arbitrajes en los que el Estado participa, y en ese sentido debería plantearse una reforma legislativa», ver su artículo: «Arbitraje del Estado: ¿*ad hoc* o institucional?». En *Revista Arbitraje PUCP*, año III, n.° 9, 2011, p. 15.

17 En este punto, cabe resaltar la acertada la apreciación de Jorge Santisteban de Noriega. *Op. cit*., pp. 50 y 51, en torno a la regulación del régimen arbitral general (Ley de Arbitraje) y la del régimen especial (Ley de Contrataciones-Decreto Legislativo n.° 1017, vigente a la fecha de su lúcido comentario), en cuanto reseña sus marcadas diferencias; como son el principio de igualdad entre las partes versus la prevalencia de normas de orden público en el arbitraje, así como la plenitud de la autonomía de la voluntad de las partes *versus* la consagración de la obligatoriedad del arbitraje.

Asimismo, resulta útil resaltar su autonomía respecto al contrato principal celebrado entre las partes, lo que se conoce como el principio de separabilidad, respecto al cual de manera consistente se señala «[…] concordamos con las ideas planteadas acerca de la autonomía del convenio arbitral, ya que aún en el caso de que forme parte de un contrato, este convenio sigue poseyendo su propia naturaleza y fin para el cual ha sido constituido por las partes; por ello, se dice, repetidamente que en caso este convenio formara parte de un contrato en el que está en riesgo su validez, el convenio no se ve afectado. Entonces, el convenio arbitral es un contrato diferente e independiente del contrato principal».[18]

En cuanto *al(los) árbitro(s)*, cuya figura está regulada en los artículos 19 al 32 de la Ley de Arbitraje, si bien no se establece una definición, si se tratan aspectos que permiten delimitar lo relativo a su capacidad, sus incompatibilidades, el procedimiento para su nombramiento y aceptación, así como los motivos de abstención y recusación (y procedimiento en este último caso). Además, se regulan aspectos muy necesarios que obligan al desempeño arbitral de manera independiente e imparcial, cuya garantía se materializa, objetivamente, en la sujeción a su deber de revelación que tiene carácter dinámico y permanente. Otro aspecto importante —que para muchos en consustancial al arbitraje—, es la confidencialidad en el arbitraje, a la cual el árbitro, y los demás sujetos que intervienen en él, se encuentra obligado; dentro de los parámetros del convenio arbitral, pacto de confidencialidad o la ley.

Así, se puede decir que los árbitros son los directores del procedimiento arbitral, encontrándose sometidos —únicamente—, al convenio arbitral, y claro está a la constitución, así como a la ley aplicable a dicho procedimiento.

---

18 Así lo señala Laura Castro Zapata, en su obra «Concepto, contenido y formalidades del convenio arbitral». *Arbitraje* en el volumen 52 de la *Biblioteca de Arbitraje* del Estudio Mario Castillo Freyre (ver p. 46).

En tal virtud, es más que obvio que la elección de los árbitros resulta ser un mecanismo crucial para lograr los fines del arbitraje, esto es, obtener un *laudo* (decisión), con irrestricto respeto y cumplimiento de garantías de un debido procedimiento arbitral.

Inclusive, se puede señalar que la motivación —en tanto constituye una de esas garantías— «[…] tiene una relación indirecta con las partes en dos aspectos: i) ellas son las que eligen al arbitraje como mecanismo de solución de controversias diferente al Poder Judicial; y ii) cada parte, en el caso de los tribunales, compuestos por tres árbitros, tiene la posibilidad de elegir a un árbitro».[19]

4. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Lo antes reseñado con respecto a la regulación del arbitraje en nuestro país y la figura del árbitro nos permite contextualizar el tema que elegí tratar «La omisión del deber, entre la confidencialidad y la revelación». Y es que existen dos aspectos que considero trascendentales y concomitantes en cuanto a los árbitros, los mismos que inciden y repercuten en la función de administrar justicia que se le encarga dentro de los procedimientos arbitrales y, que pueden desencadenar algunos inconvenientes en su designación y/o permanencia en el arbitraje, permanencia que se encuentra plenamente justificada cuando está avalada su idoneidad, cuando no tenga incompatibilidades y cuando no se vea afectada su independencia e imparcialidad.

Lo que se pretende abordar en sí son los efectos y consecuencias que generan la omisión de alguno o ambos deberes, pues surgió como inquietud conocer donde se agotan los mecanismos para su protección,

---

19 Así lo concluye José Carlos Taboada Mier, en su obra: «Para ti nada es suficiente. Propuesta para una correcta revisión de la motivación en el recurso de anulación». En *Arbitraje,* publicada en el volumen 68 de la *Biblioteca de Arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2019 (ver p. 332).

será con sanciones, con la recusación, su viabilidad a través de un recurso de anulación de laudo. También con las reglas éticas y consecuentes sanciones. Mirar, cómo no, el rol de las instituciones arbitrales. Se intenta reflexionar sobre cuál es la atención que damos a estos temas que resultan tan básicos como necesarios para dotar al arbitraje de árbitros idóneos que resuelvan las causas que se les encargan.

Así, es de destacar el deber de revelación de los árbitros como una herramienta eficaz para garantizar la independencia e imparcialidad de los árbitros y, en cuanto a la confidencialidad que se ha venido relativizando en el arbitraje y cediendo ante la transparencia, como veremos más adelante; deberes ambos de los árbitros, entre las que podremos encontrar fronteras.

Situándonos con respecto al *deber de revelación de los árbitros*, una vez iniciado el arbitraje, los plazos para la designación de estos resulta muy breve —siendo común que el mecanismo de elección para tal designación sea el que cada parte designe a un árbitro y estos, a su vez, designan al presidente del tribunal arbitral—; al igual que para examinar y contrastar la información revelada, o en su caso buscar información adicional que permita analizar si se puede dispensar confianza, o no. Y ni se diga, en caso se decida plantear una recusación.

En esa medida, contar con herramientas adecuadas para acceder oportunamente a la información a evaluar, resulta muy relevante. Siendo incluso más eficiente que dicha información la brinde quien la tiene de primera mano, esto es, los propios árbitros designados, o en ejercicio; quienes están en muy buena posición para identificar los posibles conflictos de intereses que puedan afectar su independencia e imparcialidad.

Esto cobra relevancia si se considera que las partes y cada árbitro crean una relación jurídica (patrimonial), propiamente un contrato de

prestación de servicios,[20] la cual se enmarca en los alcances de la Ley de Arbitraje y, en consecuencia, implica un sometimiento a sus disposiciones.

Y, si bien existen normas que regulan el deber de revelación (la ley de Arbitraje, la Ley de Contrataciones del Estado, así como también los reglamentos de arbitraje de las instituciones arbitrales), estas no terminan siendo del todo suficientes, pues la evaluación y ponderación de la información a revelar corre por cuenta únicamente del propio árbitro. Debido a ello, coincidimos con Felipe Osterling Parodi y Gustavo Miró Quesada Milich[21] cuando señalan «En efecto, consideramos que toda ayuda para el debido cumplimiento del deber de revelación de los árbitros contribuye a la reducción de la situación de desventaja informativa en la que se encuentran las partes con relación a sus árbitros. Pero *dicha información debería ser complementada con aquella que el árbitro no desea compartir y que, por motivos de confidencialidad en el arbitraje, resulta de imposible acceso a las partes. Nos referimos a la experiencia de los árbitros en arbitrajes en los que han sido recusados, y al porqué de tales recusaciones*» (énfasis agregado).

---

20 Es la postura de Luis Puglianini Guerra, verificada en su obra «La relación partes-árbitro», publicada en el volumen 19 de la *Biblioteca de Arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2012 (ver páginas 90, 95 y 239, respectivamente), cuando refiere:
«[…] las partes y los árbitros se ponen de acuerdo para crear una relación jurídico-patrimonial; lo cual calza perfectamente en la definición de contrato que da nuestro ordenamiento legal».
«[…] el contrato que celebran las partes con los árbitros (suponiendo que se trata de un tribunal arbitral constituido por tres árbitros), en realidad implica tres relaciones obligatorias diferentes (tres contratos distintos), toda vez que las dos partes son las que contratan con cada uno de los árbitros».
«El contrato partes-árbitro es un tipo de prestación de servicios, atendiendo a que implica realizar un servicio a cambio de una retribución (hago para que me des); sin embargo, dada su regulación (las normas del Decreto Legislativo n.°1071)), la lógica y su naturaleza, no podemos encuadrarlo en ninguna de las modalidades especiales del contrato de prestaciones de servicio y contempladas en el Código Civil, sino que el contrato de dación y recepción de arbitraje es un contrato especial, en donde las normas del Código Civil (sobre todo las de prestación de servicios y su modalidad más afín) serán de aplicación supletoria».

21 En su artículo denominado: «Conflicto de intereses: el deber de declaración y revelación de los árbitros», disponible en
<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/El%20Deber%20de%20Declaraci%C3%B3n%20de%20%C3%81rbitros.pdf (consultado el 18.07.2021)>.

Hay que considerar que, de forma previa al deber de revelación de los árbitros, es preciso que las partes hagan todo lo posible para elegir adecuadamente a los árbitros que estimen conveniente designar,[22] lo cual conlleva una diligente indagación y contraste de información sobre la idoneidad, experiencia, solvencia ética y su especialidad. Para tal efecto, tomando en cuenta además el breve plazo para la designación como ya se dijo, es recomendable elaborar listados de posibles candidatos, con solvencia moral, profesional, académica, entre otros. Hay entidades donde dichos listados se elaboran de manera colegiada, lo cual contribuye a la transparencia e integridad de las personas (léase funcionarios y servidores, en caso de tratarse de Entidades).

---

22 Existen varios temas que se desprenden de la designación de árbitros y que generan opiniones encontradas. Uno de ellos es la *designación reiterada*. Al especto, Mario Castillo Freyre, en su ponencia efectuada en el Décimo Congreso Internacional de Arbitraje Lima 2016, en cuya mesa 9 que abordó el tema «Problemática en torno a la designación reiterada de árbitros» (publicado en el volumen 41 de la *Biblioteca de Arbitraje* del Estudio Mario Castillo Freyre (ver páginas 236-241); señala:

«Hay muchos factores aquí que concurren para hacer esto un tema medio caótico y de resultado incierto; los voy a mencionar con algunas apreciaciones al respecto.

En primer lugar, en torno a quien designa al árbitro […].

Luego, también, el número de casos en que es designado en torno al volumen de procesos de quien te nombra. […]

Luego, también es importante verificar cuál es el espacio temporal en las designaciones […], si hay varias designaciones con respecto a un mismo contrato en relación a un árbitro […].

Luego, otro punto importante es el relativo al número de procesos que tiene el árbitro, ya no quien te nombra, sino ese árbitro. […]

Luego, otro punto importante también es el de la vinculación de las empresas […]. Evidentemente, también con las dependencias de una misma entidad, si se tratara de una entidad pública. […]

Ahora, también el tema puede tener relevancia en el caso de que no soy yo nombrado reiteradamente, pero se ha nombrado a mi socio en el Estudio.

[…] *no debe haber límite temporal para la declaración […] el deber de declaración y la memoria de los árbitros debería ser mayor*.

[…] ese reiterado nombramiento, definitivamente, puede generar esa duda con respecto tanto a la independencia como a la imparcialidad, porque es algo subjetivo, o sea, ¿cuál es la duda?, la duda es que no sabe, ojo, la ley […], acá está hablando de duda, porque no podría ser de otra manera.

Entonces, *¿la duda qué implica? Que, en realidad, no sé si es imparcial e independiente* […]» (el énfasis es agregado).

Con tal objeto, resultan muy convenientes las recomendaciones efectuadas por el profesor Roque J. Caivano,[23] quien, con respecto a la designación de árbitros, refiere:

> Dos cosas que no hay que dejar de hacer en el momento de designar árbitro:
>
> Primero, *no dejar de estudiar a la persona que vamos a designar* […]
>
> […] la recusación es un arma de doble filo. Si están seguros de que con la recusación lo voltean, disparen; si no, piénsenlo dos veces, porque recusar y fracasar en el intento, es peor que no haber recusado.
>
> […] De modo que *este trabajo de due diligence sobre qué hizo, qué escribió, qué piensa el árbitro, hay que hacerlo antes de designarlo*.
>
> Y la otra cosa que no hay que hacer […] yo les voy a dar una razón práctica por la cual *no hay que hacer la designación de árbitros parciales*.
>
> […] termina siendo absolutamente perjudicial, porque el presidente del tribunal arbitral no puede formar mayoría por sí solo; si cree que uno es parcial, va a recostarse sobre la opinión del otro a quien considera imparcial […]. (El énfasis es agregado)

De cara a *la confidencialidad*, resulta frecuente oír que esta es consustancial en el arbitraje comercial, y con ello justificar en alguna medida que no se requeriría de una regulación explícita de la misma. En efecto, no es unánime señalar que la regla general en el arbitraje es su confidencialidad. Los arbitrajes comerciales legitimaron en sus diversas etapas a la confidencialidad como uno de sus elementos característicos; no obstante, ello no se ha visto reflejado en su regulación. En efecto, pese a ese reconocimiento, causa sorpresa el hecho de que la confidencialidad no

[23] En su ponencia «Criterios para la designación de árbitros», pronunciada en el Octavo Congreso Internacional de Arbitraje-Lima 2014 (mesa 4), publicada en el volumen 39 de la *Biblioteca de Arbitraje* del Estudio Mario Castillo Freyre (ver pp. 138-140).

siempre se ha recogido en la legislación del arbitraje. Pareciera entonces, que no se consideraba necesario para materializar su práctica.

En ese contexto, en cuanto a los diferentes Estados que emplean al arbitraje como mecanismo de solución de controversias, se puede precisar que:

- Están los que han regulado la confidencialidad de los laudos como regla general.

- Otros no han regulado —expresamente— la confidencialidad.

- También están los que contemplan la publicidad del laudo a partir del consentimiento expreso de las partes.

- Hay quienes consideran que la regla general es que el laudo se entiende público, a menos que las partes manifiesten lo contrario.

De la literatura revisada, se ha podido apreciar que, el enfoque en torno a la confidencialidad se ha dado, mayormente, en cuanto al laudo arbitral; lo cual se ha producido en buena cuenta por la intervención del Estado en los denominados arbitrajes de inversión, y no tanto por los arbitrajes comerciales; ya que la divulgación del laudo se constituye en un límite a la confidencialidad, materializando la transparencia con base en el interés público.

En términos generales, se dice que la confidencialidad tiene un *cuádruple ámbito de actuación*: i) la existencia misma del arbitraje, ii) confidencialidad de la información divulgada en el arbitraje, iii) en cuanto a la divulgación del laudo y iv) confidencialidad que debe mantener tanto el Centro y el árbitro.

Resulta ilustrativo referir que no solo las partes (a través del convenio arbitral o, en su caso a través de pactos de confidencialidad), sino

también las legislaciones han venido regulando la confidencialidad, así como las diversas instituciones arbitrales internacionales; a causa de que este concepto se ha ido flexibilizando producto del desarrollo casuístico a nivel jurisprudencial; cediendo ante la transparencia, sobre todo en aquellos arbitrajes donde participa una entidad estatal y, por ende, contener asunto de evidente interés público.

Así, el tema abordado surge a raíz de la idea preconcebida que sobre la confidencialidad se cierne, entendida como un velo a las actuaciones arbitrales y su contraste en la práctica arbitral con respecto al deber de revelar información vinculada, como no, a dichas actuaciones. Seguramente en innumerables ocasiones los señores árbitros habrán tenido que ponderar ambas y decidir por la reserva sin afectar su deber de informar a las partes sobre hechos que puedan deslegitimar su independencia e imparcialidad, o, para proteger la primera, rechazar o apartarse de su designación. Además, es nuestro cometido, partiendo de describir su tratamiento, identificar sus efectos en el supuesto que se omita su cumplimiento; pues es muy relevante que se adopten las medidas adecuadas y proporcionales para su debida garantía. Esto sin duda, engrana como parte de las funciones de los centros de arbitraje, u órganos competentes de evaluar tal omisión, siendo parte de su rol la ponderación en cada caso, sopesando los deberes éticos que se pudieran quebrantar. Sin duda, en esa línea, urge que se dote de transparencia estos aspectos del arbitraje a fin de generar y fortalecer una mayor *confianza* en la institución arbitral, por ser un pilar desde su origen.

5. LA CONFIDENCIALIDAD

5.1. Un acercamiento sobre su alcance

Resulta muy ilustrativo referenciar una cita del ilustre profesor Fernando de Trazegnies Granda,[24] que mantiene plena vigencia a la fecha; la cual está referida a la sistematización de las *áreas que denomina de eventual confidencialidad*:

> […] Pienso que esta cuestión de la confidencialidad-publicidad del arbitraje puede ser dividida en cuatro áreas principales, con algunas subáreas todavía posibles.
>
> En primer lugar, nos encontramos con la confidencialidad sobre la existencia misma de la controversia que está siendo conocida por un tribunal arbitral. Esta postura se presenta cuando las partes no quieren dar a conocer a terceros que tienen un conflicto entre ellas […].
>
> Una segunda área de confidencialidad puede ser el proceso durante su desarrollo. En este caso, las partes no tienen inconveniente en que se conozca que tienen una diferencia entre sí, pero no quieren que la prensa o los competidores estén siguiendo de cerca el proceso y haciendo presión sobre los árbitros. Por este motivo, esas partes reclaman un arbitraje in camera; es decir, a puerta cerrada […] implica también que ni los árbitros ni las partes puedan filtrar información a la prensa o a terceros sobre lo que está sucediendo dentro del proceso.
>
> La tercera área está relacionada con la confidencialidad de los documentos y testimonios que se presenten en el arbitraje. Esta perspectiva se preocupa fundamentalmente por la reserva de lo que las partes han dicho durante el proceso, aun una vez que este haya terminado; así como sobre la confidencialidad de las pruebas periciales, documentos contables o declaraciones de testigos que se utilizaron como prueba en al arbitraje concluido.

---

[24] En su artículo «La publicidad en el Arbitraje» en *Ius et Veritas*, 2007, n.° 35 (consultado el 03/07/2021), ver páginas 62 y 63. Se puede encontrar en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12284>.

> Por último, la cuarta área, quizá la más puntual, es la relativa a la confidencialidad o publicidad de los documentos que produzca el tribunal como consecuencia del arbitraje; fundamentalmente, la resolución que resuelve el debate sobre la jurisdicción y la resolución que resuelve el debate sobre el mérito o fondo, esto es, el laudo arbitral. […].

Asimismo, previo a tratar lo que en Perú se ha regulado sobre la materia, también resulta ilustrativo referirnos a los *límites a la confidencialidad* en el arbitraje, que se configuran a partir de la divulgación del laudo (cuando este se impugna, cuando se solicita su protocolización o, cuando se solicita su ejecución forzosa, este deviene en público conocimiento) y la transparencia del interés público. Entonces, se entiende como límites a aquellos parámetros que siempre derriban la confidencialidad, a decir de

> […] *Una vez que el laudo es impugnado* ante los órganos jurisdiccionales competentes, háyase o no protocolizado el laudo, este puede devenir en público conocimiento dado que se sitúa en una esfera que está más allá de la propia privacidad con la que se inició y terminó el arbitraje José Fernando Merino Merchan,[25] en los siguientes términos:
>
> […]
>
> El segundo límite de la confidencialidad de las actuaciones arbitrales y del laudo resultante de la mismas, lo constituye *el interés público*. Aunque no exista un concepto universalmente admitido sobre lo que constituye la expresión «interés público», se puede convenir que por tal se entiende todo aquello que afecta a los ciudadanos como partes inherentes de una colectividad sobre la que planean intereses generales, y que, por tanto, estos tienen derecho a conocer como sujetos libres de una sociedad democrática, salvo en el supuesto de que esos datos de interés público estén clasificados como secretos oficiales.

[25] En su artículo «Confidencialidad y arbitraje», en <https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_ScolarsTexts/confidentiality/Confidencialidad_y_Arbitraje__-_Jose_Fernando_Merino.pdf>, ver pp. 22 y 23.

> Y culmina señalando[26] con relación a la legítima limitación a la confidencialidad:
>
> […] Por mucho que se insista en los reglamentos arbitrales, el blindaje absoluto de la confidencialidad no podrá levantarse como barrera infranqueable en los arbitrajes en los que el Estado sea parte y en los que subyazca un manifiesto interés público, pues si este es legítimo y demostrable su existencia para la colectividad ha de tener relevancia suficiente como para limitar la confidencialidad.

Siguiendo en la misma línea, el profesor Roque J. Caivano,[27] se refiere a la existencia de excepciones en materia de confidencialidad, en los siguientes términos:

> […] ¿y esas excepciones de dónde vienen?
>
> Vienen —principalmente— de *dos fuentes*; lo que se conoce como *la excepción del interés público*; esto es, cuando hay determinada información que debe hacerse pública en razón de la protección del interés general. Ese interés general prevalece sobre el interés particular; y, por lo tanto, cede el deber de confidencialidad. *Y la otra fuente* que genera una excepción gigantesca al deber de confidencialidad: gigantesca digo porque es muy difícil de precisar sus límites. *Es la obligación de revelar.* […]
>
> *Tenemos* —en definitiva— *un cambio completo de modelo*. Es decir, *el modelo de un arbitraje entre particulares con confidencialidad sujeta a excepciones, y el modelo de arbitraje con partes estatales con transparencia sujeta a excepciones*. […]. (El énfasis es agregado)

5.2. Regulación de la confidencialidad en el Perú

Pasemos ahora a indicar que la *Ley de Arbitraje* peruana regula la confidencialidad en su artículo 51 —cuyo numeral 3 fue modificado en este

---

26 *Idem,* p. 26.

27 En su ponencia pronunciada en el Segundo Congreso Internacional de Arbitraje de la Asociación Zambrano. Cusco, 2014, cuyo tema «Confidencialidad y transparencia en arbitrajes con partes estatales», fue publicado en el volumen 36 de la *Biblioteca de Arbitraje* del Estudio Mario Castillo Freyre (ver pp. 176-182).

tópico por el Decreto de Urgencia n.° 020-2020, publicado el 24.01.2020—, en los términos siguientes:

> Artículo 51.- «Confidencialidad y publicidad
>
> 1. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad.
>
> 2. Este deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales, salvo cuando por exigencia legal sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial.
>
> 3. En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, las actuaciones arbitrales y el laudo son públicos una vez que ha concluido el proceso arbitral, observando las excepciones establecidas en las normas de transparencia y acceso a la información pública. Cada institución arbitral reglamenta las disposiciones pertinentes. En los arbitrajes ad hoc asume dicha obligación la entidad estatal que intervino en el arbitraje como parte. (El énfasis es agregado)

A su turno, la *quinta disposición final de dicha ley*, incorporada al Decreto Legislativo n.° 1071 - Ley de Arbitraje, por el *art. 2 del Decreto Legislativo n.° 1231*, publicado el 26 de septiembre del 2015 estipula:

> Los laudos que se emitan en procesos arbitrales donde el Estado sea parte, deben ser *remitidos* por la entidad estatal o empresa del Estado participante en dicho proceso arbitral, y en un plazo no mayor a 30 días calendario, al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (*OSCE*) para su publicación en su portal institucional (www.osce.gob.pe). Dichos laudos se mantendrán publicados por un plazo no menor a un (1) año.

En cuanto al *régimen especial*, cabe fijarnos en el numeral 238.4. del artículo 238 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, el cual estipula que la información relevante (sobre el laudo) se publica en el portal institucional del OSCE.[28]

En concordancia con la doctrina que señala que la confidencialidad tiene dos ámbitos —uno subjetivo, referido a los sujetos obligados y, otro objetivo, referido al alcance que abarca—, la Ley peruana de Arbitraje, en el denominado *ámbito subjetivo*, identifica como sujetos obligados a cumplir con la confidencialidad, a:

- El tribunal arbitral
- El secretario arbitral
- La institución arbitral
- Los testigos
- Los peritos
- Cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales; y,
- Las partes, sus representantes y asesores legales.

En cuanto al *ámbito objetivo* de la confidencialidad, apreciamos que la norma abarca a todas las actuaciones arbitrales, extendiéndose al arbitraje en sí mismo, y se puede decir que comprende:

- Los documentos que obren en el arbitraje

[28] Cabe mencionar que, dicha disposición está en concordancia con el numeral 238.3. del referido Reglamento, el cual estipula: «El OSCE implementa, administra y opera el Banco de Laudos Arbitrales que contiene información relevante del laudo que los árbitros hayan registrado en el Seace».

- Las audiencias (de ilustración, de prueba, de alegatos o de conclusiones)

- El laudo

Nuestra citada Ley de Arbitraje ha regulado, en su artículo 51, como excepciones a la confidencialidad, las siguientes:

a) *Cuando lo acuerden las partes*. En dicho supuesto no hay obligación de guardar confidencialidad sobre las actuaciones procesales. Esta disposición aplicaría para arbitrajes entre particulares, como corroboraremos seguidamente.

b) *Por exigencia legal*, sea para proteger derechos, para interponer recurso de anulación en sede judicial o, para ejecutar el laudo en sede judicial.

c) *Cuando una de las partes del arbitraje es el Estado* (peruano). En tal supuesto, el deber de confidencialidad cede ante la publicidad de las actuaciones arbitrales y del laudo, la cual opera al concluir el proceso arbitral (debiendo observarse las excepciones establecidas en las normas de transparencia y acceso a la información pública).[29]

[29] Con respecto a las excepciones a la obligación de brindar información, el artículo 17 del TUO de la Ley n.° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (aprobado por Decreto Supremo n.º 021-2019-JUS), refiere que el mencionado derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto a *información calificada como «confidencial»*, dentro de la que se señala en su inciso sexto lo siguiente:
Artículo 17.- «Excepciones al ejercicio del derecho: Información confidencial
El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de lo siguiente:
[…]
6. Aquellas materias cuyo acceso esté expresamente exceptuado por la Constitución o por una Ley aprobada por el Congreso de la República. […]».
La Ley de Arbitraje, aprobada por Decreto Legislativo n.° 1071, vía su artículo 51 (Confidencialidad) es la que autoriza a denegar la publicidad de las actuaciones arbitrales (incluido el laudo) en tanto no concluya el arbitraje.

Cabe mencionar que la regulación del texto original del numeral 3 del artículo 51 de la Ley de Arbitraje, la cual gloso, precisaba:

> 3. En todos los arbitrajes regidos por este decreto legislativo en los que interviene el Estado peruano como parte, *las actuaciones arbitrales estarán sujetas a confidencialidad y el laudo será público, una vez terminadas las actuaciones*. (El énfasis es agregado)

La norma originaria ponía énfasis en que la confidencialidad era respecto de las actuaciones arbitrales. No ocurría lo mismo con el Laudo, respecto del cual se dejaba expresamente establecido que sería público, una vez terminadas las referidas actuaciones. Es decir, si bien el laudo forma parte de las actuaciones arbitrales, solo este —y no las demás actuaciones arbitrales— dejarían de ser objeto del deber de confidencialidad en los arbitrajes donde el Estado interviene como parte, a condición de que terminen las tales actuaciones (léase, concluya el arbitraje).

Dicha publicidad es la que garantiza la transparencia en el arbitraje, y siendo el laudo la actuación arbitral que se vislumbra preferentemente, es entendible que la doctrina ponga los reflectores sobre este. Y es que, a partir de la publicidad *se puede conformar una base de datos sobre distintos aspectos, tales como*:

> (i) *Las partes*, lo que permite saber quiénes son los contratistas y entidades más «pleitistas». […].
>
> (ii) *Los árbitros*. […] permite identificar a las personas más designadas para dirimir controversias de contratación pública. […].
> (iii) *Los tipos de arbitraje*.
>
> (iv) *Las pretensiones discutidas*. Esto permite conocer cuáles son los temas más controvertidos […].

> (v) *Los resultados*. […]. Centrando esto en términos monetarios, permite saber cuánto ganó o cuánto perdió el contratista y/o la entidad pública. […].[30]

Para Nicolás Serván Eyzaguirre[31] la confidencialidad en la regulación peruana «[…] se trata de un deber bastante amplio, que surge de la ley. Desde nuestra perspectiva, la ley de arbitraje peruana entiende la confidencialidad como un elemento natural del convenio arbitral, en la medida que las actuaciones y toda información ahí revelada es confidencial. Ello, a pesar de que está permitido el pacto en contrario».

Y, luego de referirse a la regulación que sobre la confidencialidad han desarrollado los reglamentos de algunas de las principales instituciones arbitrales internacionales (ICC, ICDR, LCIA, SIAC y HKIAC),[32] así como nacionales (CCL, CARC PUCP y Amcham),[33] reseña tres conclusiones:

- Limitadas jurisdicciones consideran que la confidencialidad está implícita en el arbitraje o cuentan con alguna disposición legal expresa.

- Hay que diferenciar el alcance tanto subjetivo como objetivo del deber de confidencialidad.

---

30 Así lo identifica Gino Rivas Caso en el Capítulo IV denominado «El laudo arbitral» del *Manual de arbitraje en contratación pública*. Lima 2019, 2.ª parte, publicado en el volumen 71 de la *Biblioteca de Arbitraje* del Estudio Mario Castillo Freyre. *Arbitraje* (ver página 62).

31 En su artículo «Armonizando tensiones: la necesidad de transparencia en el arbitraje sin destruir la confidencialidad», publicado en *Forseti*. Revista de Derecho. Lima, 2020, vol. 8, n.° 12, ver pág. 55 (pp. 44-68).

32 Cámara de Comercio Internacional (ICC), las del Brazo Internacional de la American Arbitration Association (LCIA), las de Singapore International Arbitration Centre (SIAC) y las de Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC).

33 Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL), Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de Pontificia Universidad Católica del Perú (CARC PUCP) y la Cámara de Comercio Americana del Perú (Amcham Perú).

- Los reglamentos arbitrales que más buscan resguardar la confidencialidad de las actuaciones arbitrales establecen consecuencias ante el incumplimiento.

Resulta muy oportuno indicar que este autor, en atención a los nuevos estándares de transparencia de los Estados —a efectos de generar mayor confianza en el Arbitraje como mecanismo de resolución de controversias—, refiere que estos han adoptado diversas medidas en el arbitraje de inversiones, en el arbitraje con intervención del Estado, así como en el arbitraje comercial. Y si bien el enfoque de su opinión se centra en el arbitraje comercial;[34] su siguiente conclusión resulta aplicable a todo arbitraje:

> *Las instituciones arbitrales son las llamadas a llevar a cabo las reformas necesarias, para compatibilizar los principios de transparencia y confidencialidad*, con el objetivo de brindar mejor información a los usuarios del arbitraje. Este proceso, además, mejorará la toma de decisiones de los usuarios con respecto a sus controversias. (El énfasis es agregado)

Culmina su apreciación indicando que la eficacia de las reformas para dotar de mayor transparencia al arbitraje no debe pasar por destruir la confidencialidad, al tratarse de un elemento muy valorado la institución arbitral.

---

[34] Señalando como principales medidas adoptadas por los centros de arbitraje más importantes del mundo con respecto a la transparencia (las cuales generarán *mayor confianza* en la institución por parte de los usuarios, lo que permitirá seguir expandiendo las fronteras del arbitraje; así como reflexionando de qué manera pueden replicarse en nuestro país; ver pág. 63), las siguientes:
Publicación de información relevante.
Publicación de laudos.
Ayuda en la selección de los árbitros y evaluación.
Hay una serie de preguntas que se debe hacer a los árbitros, que deben ser publicadas por los centros arbitrales (referidas a la elección del tribunal arbitral, disponibilidad de tiempo y método de trabajo, estilo de decisiones, pruebas y audiencias, deliberación y emisión de laudos).
Publicación de información sobre recusaciones.

5.3. Consecuencias por quebrantamiento al deber de confidencialidad

En palabras de José F. Merino Merchán,[35] conforme a la legislación española, en cuanto a su tipología, el quebrantamiento del deber de confidencialidad puede generar lo siguiente.

5.3.1. Responsabilidad administrativa

En los árbitros, así como en las instituciones arbitrales, las cuales han de asegurar que los datos que conozcan no sean cedidos o utilizados por terceros sin el consentimiento del afectado.

5.3.2. Responsabilidad civil negocial (contractual)

Deriva de la aceptación, que obliga a los árbitros, y en su caso a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo; incurriendo en responsabilidad por los daños y perjuicios (evaluables económicamente) causados por mala fe, temeridad o dolo.

5.3.3. Responsabilidad civil extracontractual

En la que se incurre por la ruptura de la confidencialidad o por la revelación de datos e información que afecte a terceros ajenos al proceso arbitral. No puede pactarse por las partes del proceso.

5.3.4. Responsabilidad penal y subsiguiente responsabilidad civil

La responsabilidad penal es la derivada de difundir o dar publicidad de aquellas informaciones que se han conocido a través de las actuaciones arbitrales; cuyas consecuencias comportan su responsabilidad civil;

35 *Op. cit.*, ver p. 9 y ss.

pudiendo ventilarse en un proceso civil independiente, una vez obtenida la sentencia penal condenatoria, o bien en el propio proceso penal.

5.3.5. Responsabilidad disciplinaria y corporativa

Por la responsabilidad disciplinaria, el árbitro puede resultar sancionado por la institución arbitral, bajo cuyo amparo haya realizado el arbitraje. Se trata de una responsabilidad interna entre la institución arbitral y el árbitro o árbitros; la cual debe estar expresamente establecida en los reglamentos y/o estatutos arbitrales y concurrir una serie de requisitos.[36]

Una segunda vía, es la *responsabilidad corporativa*, que le viene exigida a todo profesional colegiado, en virtud del colegio profesional al que se encuentra adscrito, siempre que tal conducta se encuentre tipificada como sancionable en sus estatutos o códigos deontológicos.

La Ley de Arbitraje peruana no establece responsabilidades como consecuencia al quebrantamiento de la confidencialidad —la Ley de Contrataciones del Estado no efectúa regulación alguna—. Ello se debe a que en el numeral 3 de su artículo 51 (denominado «Confidencialidad y publicidad») delega tal regulación a las instituciones arbitrales en los arbitrajes administrados y, a las Entidades estatales en los arbitrajes *ad hoc*.[37]

---

[36] Como son: i) que se tipifique como infracción la revelación de datos y el quebrantamiento de la confidencialidad, así como la sanción correspondiente, debiendo existir proporcionalidad entre ambas; ii) el reglamento o estatutos deben prever un procedimiento específico para sancionar al árbitro, separando la fase instructora de la fase decisora, debiendo encontrarse motivada la decisión, la cual ha de ser susceptible de control jurisdiccional; iii) cabe la posibilidad de que se imponga al árbitro una sanción penal (la conducta es reprimible desde el punto de vista de la sociedad) y una sanción disciplinaria (responsabilidad interna, por falta de idoneidad para formar parte de la lista de árbitros); y iv) cabe plantearse una segunda vía: la responsabilidad corporativa, que es una responsabilidad disciplinaria que le viene exigida a todo profesional colegiado en virtud al colegio profesional al que se encuentre adscrito (siempre que tal conducta esté tipificada como sancionable en su estatuto o código deontológico). *Op. cit*., pp. 20 y 21.

[37] Artículo 51.- «*Confidencialidad y publicidad*
[…]

5.4. Regulación de la confidencialidad en los Reglamentos de algunos Centros de Arbitraje del Perú

5.4.1. Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL)

Regula la confidencialidad de forma amplia en su art. 43, en línea con las estipulaciones de Ley de Arbitraje, establece su obligatoriedad e indica los sujetos sometidos por intervenir en el arbitraje, incluyendo a los funcionarios y directivos del Centro (ámbito subjetivo); con respecto a todos los laudos dictados, así como de las actuaciones arbitrales (ámbito objetivo).

En el numeral 3 del mismo artículo establece que el Centro puede publicar laudos seleccionados con fines académicos, lo cual es concordante con lo establecido en el artículo 9 de su Estatuto, inc. k), que establece como atribución del secretario general del Centro el autorizar a que se realicen trabajos de naturaleza académica en relación con los laudos arbitrales.

Por su parte, el estatuto de la CCL establece como una de las *funciones del Consejo Superior de Arbitraje imponer sanciones*, tales como la suspensión y separación de *los árbitros* que conformen su Registro, así como cualquier otra sanción que considere idónea a cualquier árbitro que participe en un arbitraje del Centro. Incluye la devolución de todo o parte de sus honorarios (num. 1, inc. c del art. 3).

El incumplimiento de las funciones y obligaciones tales como *faltar al deber de confidencialidad sujetan al árbitro*, entre otros sujetos, *a un*

3. En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, las actuaciones arbitrales y el laudo son públicos una vez que ha concluido el proceso arbitral, observando las excepciones establecidas en las normas de transparencia y acceso a la información pública. *Cada institución arbitral reglamenta las disposiciones pertinentes. En los arbitrajes ad hoc asume dicha obligación la entidad estatal que intervino en el arbitraje como parte*». (El énfasis es agregado).

procedimiento sancionador. (núm. 1, inc. c) del art. 12); siendo las *sanciones* a imponer por el Consejo (núm. 4), las siguientes:

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.

También se establece la *publicación*, por medios idóneos, de la relación de árbitros y abogados sancionados por el Consejo con indicación del motivo y de la sanción respectiva (num. 5), procedimiento que está a cargo de la Secretaría General.

Las *Reglas de Ética de la CCL* establecen que el árbitro debe mantener estricta confidencialidad sobre todas las cuestiones relativa al arbitraje y al laudo arbitral (num. 2 del art. 8); precisando que el árbitro debe adoptar medidas razonables para proteger la confidencialidad, incluso en caso de renuncia (art. 9).

5.4.2. Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Regula la confidencialidad en su artículo 38 también de forma amplia, indicando los sujetos obligados a guardar reserva (ámbito subjetivo) respecto a la información relacionada con el proceso arbitral, incluido el

laudo (ámbito objetivo).[38] Regula también los supuestos de excepción, así como las consecuencias de *su inobservancia, la cual ha de ser sancionada por la corte de arbitraje, conforme al código de ética*.

Al respecto, es de precisar que el literal del art. 6 del Código de Ética de la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú —CARC PUCP—, establece que la confidencialidad es uno de los principios que rigen la conducta de los árbitros; pudiendo ser sancionados por contravenir con los principios allí regulados (art. 9). Iniciado el procedimiento sancionador al árbitro (arts. 10 y 12), el art. 13 establece las sanciones que son aplicables a los árbitros.

Entonces, acorde a lo dispuesto por el Reglamento Arbitral (art. 38) y Código de Ética del CARC PUCP (art. 13); *las sanciones que pueden ser aplicadas, son*:

Respecto del árbitro:

- Amonestación escrita.

- Suspensión, temporal o definitiva, para ser designado como árbitro por las partes o por los árbitros de parte.

- Suspensión, temporal o definitiva, de la Nómina de Árbitros del Centro.

[38] El reglamento arbitral CARC PUCP establece que el árbitro (dentro de su deber de ser y permanecer independientes e imparciales durante todo el arbitraje) ha de observar el deber de confidencialidad (art. 21), concibiéndola como uno de los principios que regulan las actuaciones arbitrales (art. 35). En su art. 39 desarrolla la reserva de información confidencial reservada.

- Devolución de los honorarios profesionales en forma parcial o total que hayan sido recibido en el arbitraje.[39]

Resulta necesario poner atención al art. 11 del Código de Ética, que establece que una solicitud de una sanción bajo sus reglas es excluyente del procedimiento de recusación o remoción:

> *Salvo el caso de una iniciativa de oficio, el procedimiento de solicitar una sanción para un árbitro constituye una vía excluyente a la recusación o remoción*. El pronunciamiento de la Corte de Arbitraje resolviendo la solicitud de sanción, no podrá ser utilizada para una recusación basada en los mismos hechos. (El énfasis es agregado)

Respecto de las partes u otros intervinientes, de conformidad con lo dispuesto por el Art. 38° del Reglamento Arbitral CARC PUCP (debido a que el Código de Ética no regula sanciones contra las partes por infracción al deber de confidencialidad); las sanciones que pueden ser aplicadas son la imposición de una *multa* a la parte que se considere responsable a favor de la otra, sin perjuicio de las acciones legales que pueda iniciar la parte agraviada contra el infractor.

Finalmente, al regular la conservación de las actuaciones arbitrales hasta por un año, al término de dicho plazo, culminado que sea el arbitraje o el trámite del recurso de anulación, habilita el estudio del expediente con fines académicos de los aspirantes a optar por el título de abogado; salvo pacto en contrario de las partes. En lo que respecta a los arbitrajes en contrataciones con el Estado, indica que se regirá de acuerdo a su normativa (art. 62).

---

[39] Las consecuencias de la sanción están reguladas en el art. 14 del Código de Ética, y está relacionado con la prohibición de ser designado por el lapso que dure la sanción, o no tener por efectuada una designación existente en el período de sanción, debiendo realizarse una nueva designación. Igual consecuencia se aplica al árbitro sancionado con suspensión temporal o definitiva de la nómina de árbitros, retirándose su nombre de la referida nómina. Por su parte, el art. 15 establece que las sanciones a los árbitros serán informadas al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), según corresponda.

5.4.3. Cámara de Comercio Americana del Perú (AmCham)

Regula la confidencialidad, indicando los sujetos obligados a guardar reserva (ámbito subjetivo) sobre el curso de las actuaciones arbitrales, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones (ámbito objetivo) (nums. 1 y 2 de su art. 9).

Revisado dicho Reglamento y sus cinco apéndices (entre los cuales se encuentran su Estatuto y el Código de Ética) se regula la confidencialidad como obligación, mas no se aprecia una regulación expresa sobre sanciones por su incumplimiento; destacándose entre las funciones de la Corte de Arbitraje, el contar con todas las facultades que sean necesarias para asegurar la aplicación del Reglamento de Arbitraje, de sus Apéndices y de cualquier otro reglamento o regulación que apruebe.

Finalmente, establece que el Centro podrá autorizar el uso de las actuaciones arbitrales y el laudo con fines estrictamente académicos o estadísticos (transcurrido seis meses de dictado el laudo o concluido el arbitraje) y podrá publicar extractos o resúmenes (num. 6 del art. 9). Esta disposición concuerda con lo regulado en su Estatuto, que establece como una de las funciones del secretario general, autorizar la realización de trabajos de naturaleza académica sobre laudos y otros documentos de interés general, tomando las medidas que sean necesarias para garantizar su confidencialidad (inc. n del art. 6).

6. LA DECLARACIÓN Y EL DEBER DE REVELACIÓN DE LOS ÁRBITROS

> No cabe duda de que la elección del árbitro […] constituye el acto central y fundamental del arbitraje, ya que la figura del árbitro cumple un papel protagónico dentro de la institución del arbitraje.

> En efecto, todo el sistema arbitral gira en torno al árbitro, en la medida de que sobre su integridad moral y buen criterio descansa la confiabilidad y la eficacia del arbitraje.[40]

Tal importancia, como no podría ser de otra manera, tiene como correlato la exigencia de deberes y obligaciones para un correcto desempeño del árbitro. Así, la Ley de Arbitraje establece que todo árbitro *debe ser, y permanecer, independiente e imparcial durante el arbitraje* (ver numeral 1 de su art. 28°), imponiéndole la *obligación de revelar* toda circunstancia (desde que es propuesto y nueva circunstancia —luego de su nombramiento— y durante el Arbitraje, lo que se puede verificar del tenor de los incisos 1 y 2 del referido artículo).

En la misma línea, la Ley de Contrataciones, en el artículo 45 de su TUO (aprobado por el Decreto Supremo n.° 082-2019-EF, que regula los medios de solución de controversias de la ejecución contractual), establece:

> 45.27. *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 énfasis es agregado)

Tal y como se aprecia de la citada normativa: i) se exige a los árbitros permanecer independientes e imparciales durante todo el proceso arbitral y, como correlato, ii) se les impone el deber de informar (revelar) durante todo su decurso (tanto las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia al momento de ser propuestos, así como las nuevas circunstancias luego de su nombramiento).

---

[40] CASTILLO FREYRE, Mario, Ricardo VÁSQUEZ KUNZE y Rita SABROSO MINAYA. ¿Lo recusamos o no lo recusamos? conflictos de interés en el arbitraje del Estado**.** Arbitraje y debido proceso. *Biblioteca de Arbitraje.* Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra, 2007, vol. II, p. 97.

Entonces, en correlato con las disposiciones normativas antes citadas, podemos indicar como un alcance, que «El deber de declaración, también llamado deber de revelación. *Es el deber ético de informar, de revelar o declarar cualquier hecho o circunstancia que pueda provocar* duda justificada sobre la independencia e imparcialidad del árbitro en relación con las partes; es decir, *dudas fundadas sobre la idoneidad del árbitro para el cargo*».[41] (El énfasis es agregado).

Adicionalmente, resulta necesario *incidir en el contenido ético de las obligaciones de un árbitro*, las cuales rigen desde su nombramiento, mejor dicho, desde que este queda firme y se extienden a todas las etapas del procedimiento arbitral, hasta su culminación.

En nuestro país, son las instituciones arbitrales las que, como parte de su normativa, han creado los denominados *Códigos de Ética*, cuyas normas de *ética profesional* deben ser entendidas como principios de orden moral que deben guiar la actuación del operador jurídico, en este caso, de los árbitros. Ello resulta importante, por cuanto el contenido ético de dicho deber viabiliza que se mantenga, o no, la independencia e imparcialidad del árbitro.[42]

---

41 Definición señalada por Mario Castillo Freyre, Rita Sabroso Minaya, Laura Castro Zapata y Jhoel Chipana Catalán. En «Comentarios a la Ley de Arbitraje». *Biblioteca de Arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre ECB Ediciones, 2014, volumen 25, 1.ª parte (ver pág. 479).

42 A mayor abundamiento, la profesora Mariela Guerinoni Romero, señala:
«Del estricto cumplimiento de los deberes éticos, depende que los árbitros sean realmente imparciales, independientes y diligentes, única manera de preservar la legitimidad y credibilidad en el sistema arbitral, como uno de los mecanismos más adecuados y eficientes para la resolución de conflictos y única manera, también, de que el árbitro genere, pero, sobre todo, mantenga, su prestigio en el mercado».
Lo precisó al moderar la Mesa 2 del Décimo Congreso Internacional de Arbitraje Lima 2016, cuyo tema era «(2) Supuestos de infracción ética de los árbitros en la Ley n.° 30225», publicado en el volumen 41. *Biblioteca de Arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre (ver página 20).
En la misma mesa, pronunció su ponencia César Guzmán-Barrón Sobrevilla, quien acertadamente precisó «[…] creo que la ética y el discernimiento para actuar con conductas adecuadas y generar confianza, las ganamos con los hechos, por más que queramos regular y reglamentar, el reglamentarismo no conduce a nada, porque la ética y la moral son algo que está en la conciencia de cada uno de nosotros» (ver p. 44).

Entonces, tenemos que la revelación provee a las partes (y también a las instituciones arbitrales) con la información necesaria a fin de que evalúen la idoneidad del árbitro. Asimismo, *estimula la transparencia y la confianza en el arbitraje*; tanto más si se tiene en consideración que, por lo general, las partes del arbitraje, una vez informadas, son las que asumen activamente la iniciativa de verificación, ante las declaraciones efectuadas por parte de los árbitros, ya que estas pueden estar incompletas, ser equívocas o erróneas.

Ahora bien, atendiendo a nuestra normativa nacional ya citada —Ley de Arbitraje y, la de Contrataciones con el Estado— resulta conveniente identificar aquellas reglas que conllevan al deber de revelación, partiendo de una básica premisa: *se deben revelar hechos que generen situaciones de conflicto*; y para que esto se materialice, se debe revelar todo aquello que pueda tener una vinculación con el arbitraje, pues *ante la duda, lo mejor es revelar*, pues sino aparece velo de la recusación por faltar a ese deber y, peor aún, puede impactar negativamente contra el laudo arbitral, el cual podría incurrir en causal de anulación.[43] (El énfasis es agregado).

---

[43] Dicha apreciación de Jhoel Chipana Catalán, con la cual coincidimos, ha sido emitida por en su ponencia pronunciada en el II Congreso Nacional de Contrataciones Estatales y Arbitraje, Lima 2016, con el tema «Mesa Redonda: Los árbitros y el deber de revelación», publicada en el volumen 64 de la *Biblioteca de Arbitraje* del Estudio Mario Castillo Freyre, en la cual destaca:
«Entonces, debemos estar ante unas reglas para saber cuándo es que el árbitro debe revelar la información que debe revelar […]. Debemos partir de la premisa de que se deben revelar hechos que generen situaciones de conflicto […].
Estos hechos que generen situaciones de conflicto no solamente tienen que estar relacionados al propio árbitro directamente, sino también indirectamente […] la duda debe obligar a la revelación.
[…] debe existir un esfuerzo razonable y exhaustivo del árbitro para revelar esto, y *acá vamos a hablar de los estándares que tienen todos los árbitros para revelar la información que tienen que revelar […] el estándar varía de acuerdo a las personas*.
[…] *el deber de revelación no debe importar, de ninguna manera, un juicio de valor que el árbitro tenga que hacer sobre esa circunstancia, lo único que tiene que hacer el árbitro es revelar esos hechos que podrían generar dudas entre las partes*» (ver pp. 79 y 80).
«Ahora, existen naturalmente límites al deber de revelación y para mí los límites son, principalmente, dos. Primero, que no vas a revelar hechos notorios y públicos […]; y el segundo límite es no caer en lo que la doctrina inglesa menciona como el *over disclosure*, no trates de revelar cosas que por sí mismas son absurdas […].

En opinión del profesor Roque J. Caivano:[44]

> *El problema del deber de revelar está centrado dentro del más genérico concepto de independencia e imparcialidad.*
>
> […] Si uno mira la importancia que las leyes, los reglamentos y hasta los tratados le asignan a la independencia e imparcialidad de los árbitros, no sorprenderá que estos ordenamientos proporcionan tres tipos de herramientas o instrumentos para garantizar que la independencia e imparcialidad realmente existan. La primera es una herramienta de naturaleza preventiva, que es, precisamente, *la obligación de revelar*, […].
>
> ¿Y cuáles son las otras herramientas? […] La segunda herramienta es una herramienta de naturaleza correctiva que es, precisamente, *la recusación*.
>
> […] si la recusación no prosperase y se demostrase al final del camino que el árbitro recusado no había cumplido con los estándares de independencia e imparcialidad, esta circunstancia puede ser planteada nuevamente ya en la instancia *de anulación* […] si se pudiese demostrar que un árbitro no fue independiente o no fue imparcial, lo que sobrevendría es una posible causal de anulación por haber estado el tribunal irregularmente constituido […].

Entonces, para terminar, la importancia del deber de revelación es tal que puede originar tres consecuencias […]. Esa es la primera circunstancia, tú revelas todos los hechos que podrían generar una duda, ninguna de las partes reclama […] y a futuro ya no van a poder cuestionar esos hechos que tú ya has revelado […].

La segunda consecuencia es que un deber de revelación puede ser el origen de una recusación […].

Y, finalmente, y este es el castigo más potente y más horrible, más temido por los árbitros, y es que si tú no revelas y esos hechos que no has revelado se conocen luego, el laudo arbitral que tú has emitido se podría caer, es decir, podrían solicitar la nulidad del laudo arbitral, en base al supuesto contenido en el artículo 63, inciso c), que se refiere a las actuaciones arbitrales que no se ajustan a la ley; la ley te exige independencia e imparcialidad, si tus actuaciones como árbitro no se ajustan a eso, claramente es una causal de nulidad del laudo» (ver pp. 84 a 86).

Continuando su postura, el autor hace referencia al *estándar de la revelación* de los árbitros, indicando que lo trascendente es *revelar la información*, es decir, *los hechos* que sirvan para la adecuada evaluación de las partes, para culminar indicando que, de lo que se trata es de informar, no de hacer un descargo.

44 En su ponencia «¿Hacer o no hacer? Analizando los deberes de los árbitros» pronunciada en el XII Congreso Internacional de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú-2018 (mesa 4), publicado en el volumen 73. *Biblioteca de Arbitraje* del Estudio Mario Castillo Freyre.

> Por más que hoy es más la cantidad de información pública disponible que existe, lo cierto es que *hay una sola persona que conoce cuales son todos los posibles conflictos de intereses que puedan afectar la independencia e imparcialidad de un árbitro, y ese alguien es el propio árbitro*. (El resaltado es agregado).

Resulta, entonces, necesario preguntarnos: ¿qué debemos entender como independencia e imparcialidad?

En la doctrina encontramos varias definiciones y posturas, las cuales han sido recogidas de la jurisprudencia arbitral (principalmente del *common law*), y que, a su vez, han alimentado la regulación en las diversas legislaciones.

a) *La independencia* se concibe como una noción de carácter *objetivo*, que a decir de Matheus[45] «[…] se vincula normalmente a un ámbito relacional, por ejemplo, si un árbitro posee un nexo profesional, familiar, personal o de negocios con una de las partes. […] conviene observar que la independencia depende del grado de cercanía o distancia de tales relaciones, pudiendo variar por razón de tiempo y del espacio». Es decir, la independencia se da en el ámbito de las relaciones que pudiera haber entre el árbitro y cualquiera de las partes; o, mejor dicho, que no exista tal relación (o situaciones derivadas) de dependencia.

b) En su caso, *la imparcialidad* se concibe como una noción de carácter *subjetivo*, y respecto a la cual el citado autor[46] señala: «Por su parte, la imparcialidad se relaciona con un estado de la mente, evidenciado normalmente a través de una conducta que la afecta. Un árbitro es parcial si manifiesta preferencia por una parte o actúa contra la contraria […]».

---

45 MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. *La independencia e imparcialidad del árbitro*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2009; p. 176.

46 Carlos Alberto Matheus López. *Op. cit.*, p. 176.

> Asimismo, continúa indicando[47] que «A pesar de su diferente terminología, los términos independencia e imparcialidad describen dos facetas de un mismo elemento, donde el primero se vincula más con las partes, en tanto que el segundo se vincula con el fondo de la controversia […]», precisando luego que la Ley de Arbitraje peruana asume la opción terminológica dual de la Ley Modelo Cnudmi (Uncitral por sus siglas en inglés), que exige expresamente los requisitos de independencia e imparcialidad a los árbitros.

Es de advertir que, cuando el Estado participa en Arbitrajes, tiene la natural preocupación —que tendría cualquier privado que tenga calidad de parte—, de que el tribunal arbitral esté integrado por personas éticas e idóneas, que cumplan no solo con las exigencias legales contenidas en los numerales 45.15 y 45.16 del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado,[48] sino también, que sean independientes e imparciales.

Es por ello, que acorde a la normativa (general y especial), en caso existan circunstancias que puedan generar *dudas justificadas* sobre alguno de tales requisitos, se otorga a cualquiera de las partes, o a ambas, *el derecho de recusar al árbitro*; lo cual no releva *al árbitro de su obligación de revelar* ante la existencia de tales circunstancias.

---

47 Carlos Alberto Matheus López. *Op. cit*., p. 177.

48 Al respecto, dichas disposiciones estipulan:
«45.15. *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.
45.16. Para desempeñarse como árbitro designado por el Estado en una institución arbitral o *ad hoc*, se requiere *estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros* administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) o el que hagas sus veces. Asimismo, para la designación residual del presidente del Tribunal Arbitral en una institución arbitral o *ad hoc*, el árbitro a designarse debe estar inscrito en el referido Registro Nacional de Árbitros».

De lo hasta aquí señalado, se puede inferir válidamente que *la declaración o revelación* de los árbitros se configura como uno de los mecanismos que viabiliza la independencia e imparcialidad; cumpliendo así un carácter preventivo.

De la misma manera, otro mecanismo para combatir la falta de imparcialidad e independencia, cuya finalidad es remediar tal situación, es sin duda alguna *la recusación* que se puede promover contra el árbitro. «En consecuencia, podemos afirmar que la razón de ser de la recusación como instrumento jurídico utilizado para restaurar la fe en el proceso radica en la desconfianza en el administrador de justicia. […] existen casos en que la ley desconfía por nosotros. A partir de ello, se desprende que la sociedad desconfía *a priori* de que determinados sujetos, independientemente de sus calidades personales y profesionales, puedan hacer justicia».[49]

7. ¿ENFRENTAMIENTO ENTRE LA CONFIDENCIALIDAD Y EL DEBER DE REVELACIÓN?

Desde que acepta su designación y hasta la culminación del arbitraje, el árbitro tiene la obligación de revelar hechos, principalmente los que puedan generar conflictos de intereses; sin embargo, el estándar de dicho deber genera no pocos inconvenientes dada la subjetividad con que podría encararse. Y es que, tanto en cantidad como en calidad, el contenido del deber de revelación depende de la persona del árbitro, de su ética, por ser este quien pondera la información que conoce y la que va a dar a conocer, lo cual apunta a descubrir o descartar sus vínculos con las partes o con la controversia; consecuentemente el apego a dicho deber conlleva a la observancia de su independencia e imparcialidad, legitimando así la confianza de ambas partes en su buen desempeño para el encargo encomendado. Por el contrario, su quebrantamiento ha de repercutir en el propio árbitro, así como en el arbitraje. En suma, de no

[49] CASTILLO FREYRE, Mario Ricardo VÁSQUEZ KUNZE y Rita SABROSO MINAYA. *Op. cit.*, p. 99.

contar las partes con un árbitro imparcial para resolver su caso, si no hay garantía de esa exigencia, se afecta irremediablemente el derecho constitucional que estas tienen a un debido proceso, que le habilite a ejercer de manera efectiva su derecho de defensa.

Por su parte, la confidencialidad de todas las actuaciones arbitrales (ámbito objetivo), se erige como un deber de los árbitros, las partes, sus representantes, sus abogados, los testigos, y todo aquel que intervenga en el arbitraje, así como la institución arbitral (ámbito subjetivo) de no hacer público ni difundir hacia afuera del arbitraje los datos, hechos o documentos del arbitraje en que ha sido designado. Esto incluye los otros arbitrajes en donde también haya sido designado como árbitro. Hay un velo que se extiende hasta la culminación del arbitraje, al menos cuando se trate de arbitrajes donde una de las partes es el Estado. Como contrapartida, habilita la publicidad y/o transparencia, por causa del interés público; lo que se condice con la normativa de contratación pública, la cual se sustenta, coincidentemente, por los principios de transparencia y publicidad, lo que va a aparejado con el derecho que tienen los ciudadanos a conocer la información concomitante a ella.

Así, de un lado tenemos que el árbitro debe guardar confidencialidad de todas las actuaciones, lo que incluye a los demás arbitrajes donde la misma persona ha sido designada como árbitro y; de otro, tiene el deber de informar (revelar) todos aquellos hechos y circunstancias que puedan generarle conflictos de interés; a manera de viabilizar la garantía de su imparcialidad e independencia.

Cabe preguntarnos, *¿el árbitro debe dejar de revelar información de un arbitraje con respecto a otros arbitrajes en donde ha sido designado, amén de la confidencialidad?*

Una primera reflexión sería que el árbitro tan está obligado a respetar su deber de confidencialidad, como su deber de revelar; y no solo

porque su incumplimiento, en ambos casos, acarrea sanciones; sino porque esos dos deberes tienen una configuración eminentemente ética en la persona del árbitro; por lo que redunda en su idoneidad y prestigio.

Pero también es posible que ambos deberes puedan llegar a un punto coincidente. Y es que guardar reserva (confidencialidad) por definición se contrapone al deber de informar. En ese escenario se hace necesario que el árbitro pondere caso por caso, a fin de identificar cual deber tendría que priorizar. A lo mejor su decisión lo llevaría a rechazar su designación en el último arbitraje donde se lo ha propuesto como tal, de considerar que su deber de revelación en este se contrapone con la protección de la confidencialidad a determinada información en torno a un anterior arbitraje. Esto en beneficio de las partes, o, mejor dicho, para no afectarlas.

En sí, lo que interesa a las partes es contar con árbitros idóneos, que resuelvan la controversia, libres de toda dependencia o parcialidad; lo cual les generará confianza. Pero esto no se da de forma automática, sino que es imprescindible que se les brinde información oportuna, precisa y clara. Y es que no se trata de develar los secretos de un arbitraje a otro; sino de informar datos o hechos en cuanto a relaciones o vinculaciones que sean de interés para las partes. Aquí me detengo en señalar que algunos árbitros al momento de ampliar su deber de revelación se expresan más o menos del siguiente modo:

> En atención a mi deber de revelación, cumplo con poner en conocimiento que he aceptado el cargo de presidente de tribunal arbitral en un arbitraje seguido ante el Centro de Arbitraje de […] en el que el abogado […] es árbitro designado por la parte demandante.

Y, además, sin ceñirse a brindar *todos* los datos objetivos que permitan a las partes evaluar si su contenido puede generar o tener apariencia de parcialidad o dependencia; se suele brindar una valoración de esos mínimos datos revelados, indicando:

> Sin embargo, ni las partes ni la materia de dicho proceso guardan relación alguna con el presente caso. Si bien considero que el hecho mencionado no da lugar a circunstancias que puedan afectar mi imparcialidad o independencia, he considerado conveniente revelarlo en consideración a que su conocimiento puede ser de interés para las partes.

Como se puede apreciar, en cuanto al alcance de esa «revelación», en buena cuenta la persona que se alude es árbitro designado en un primer arbitraje y, es abogado patrocinante en otro arbitraje. Coincidentemente, por la misma parte en ambos casos. También se presentan casos en donde hay designaciones reiteradas que no se declaran, incluso cuando se trate de controversias derivadas del mismo contrato.

Esta práctica en cuanto a la información que se revela dificulta la evaluación que las partes deban hacer con respecto a dicha información, y es que debe quedar claro a los árbitros que un adecuado escrutinio de las partes depende de que dicha información sea, cuando menos, oportuna, precisa y clara. Lo que ocurre seguidamente, es que una o ambas partes solicite precisiones o ampliaciones al deber de revelación; quedando sujetos a lo que el árbitro precise al respecto.

En suma, aunque el deber de revelación se encuentra regulado, si las partes no cuentan con información oportuna, precisa y clara, se vacía de contenido el deber de revelación, así como su finalidad, que es viabilizar concretamente la independencia e imparcialidad de los árbitros.

Partiendo del tratamiento normativo y doctrinario esbozado, nuestro enfoque apunta al supuesto de incumplimiento del deber de revelación, es decir su omisión, en correlato con el deber de confidencialidad; dado que, de un lado, se busca garantizar la imparcialidad e independencia del árbitro, y, de otro, evitar la difusión de actuaciones arbitrales para la preservación de información sensible para las partes.

No se debe perder de vista que el objeto de la revelación es identificar posibles conflictos de intereses en las relaciones de los árbitros con

las partes, sus representantes o abogados, entre otros, o un interés, directo o no con la controversia; por lo que, a mi juicio, brindar dichos datos, en principio, no tendría como infringir la finalidad de la confidencialidad. Y, si así fuera, el árbitro en estricta obligación al cumplimiento de ambos deberes debe ponderarlos y optar por una decisión que no los colisione.

Atendiendo a la finalidad del deber de revelación, resultaría contraproducente rechazar o negar su claro contenido ético, ante lo cual resulta incompatible omitir el cumplimiento de ese deber. Y es que una cosa es discutir acerca del contenido de la información revelada, si esta genera, o no, dudas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro, y que incluso se plasme en un pedido de recusación, que ha de ser resuelto por el órgano competente. Y, otra, es discutir sobre la información que el árbitro ha omitido revelar; lo cual evidentemente se daría en un escenario donde las actuaciones arbitrales ya se han desencadenado o, incluso, donde el arbitraje incluso pueda haber concluido; pudiendo afectar derechos de manera irremediable.

No es intención restarle importancia al cumplimiento del deber de confidencialidad que tienen los árbitros, cuyo incumplimiento, como ya se ha desarrollado, conlleva a una serie de sanciones establecidas por los reglamentos de arbitraje; sin embargo, consideramos que no puede oponerse como justificación para evadir u omitir el deber de revelación, cuyo incumplimiento reviste mayor intensidad y gravedad al estar intrínsecamente vinculado a una actuación independiente e imparcial de los árbitros, que incluso puede conllevar —además del apartamiento del árbitro del procedimiento arbitral— a la anulación del laudo como sanción. Se trata pues de una garantía del sistema de justicia, a fin de contar con un juzgador libre de conflictos de intereses.

8. LA OMISIÓN DEL DEBER DE REVELACIÓN

Como se ha señalado hasta aquí, existe regulación legal expresa sobre la obligatoriedad del deber de revelación de los árbitros en nuestro país (vinculada a la imparcialidad e independencia). Seguidamente vamos a presentar un cuadro donde se podrá distinguir tales *leyes*, apreciándose que estas no establecen algún efecto ante la no revelación:

NORMA	ÁMBITO DE APLICACIÓN	IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA	DEBER DE REVELACIÓN	EFECTO DE LA NO REVELACIÓN
Ley de Arbitraje Dec. Leg. n.° 1071[50] (vigente desde el 01/09/2008)	Arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio peruano (o internacional (art. 1). nacional	Debe ser y permanecer así (art. 28, num. 1).	Todas las circunstancias (y las nuevas) que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia (art. 28, nums. 1 y 2).	**No se establece**
Ley de Contrataciones del Estado[51] (LCE) - Ley n.° 30225 **Reglamento** aprobado por DS n.° 344-2018-EF[52] (vigente desde el 30/01/2019)	Arbitrajes nacionales y de derecho, institucionales o *ad hoc*, cuyas controversias surjan de contratos celebrados bajo el ámbito de aplicación de la LCE LCE: Arts. 1, 3 (3.1 y 3.2), 32 (32.3 inc. c), 45 (45.11 y 45.17). Reglamento: arts. 2 nums. 2.1, 223 (223.1), 225 (225.1, 225.3) y 227.	Debe ser y permanecer así (LCE: Art. 45, núm. 45.27/Reglamento: Art. 233 [233.1]).	Obligación de informar oportunamente cualquier circunstancia que le impida ejercer cargo con imparcialidad e independencia (LCE: art. 45 [45.27]). Informa respecto 5 años anteriores Reglamento: art. 233 (233.2).	**No se establece**

50 Modificado por el Decreto Legislativo n.° 1031 y por el Decreto de Urgencia n.° 020-2020.
51 Modificado por el Decreto Legislativo n.° 1444.
52 Modificado por el Decreto Supremo n.° 377-2019-EF.

Seguidamente, con la misma finalidad, presentaremos un segundo cuadro en donde se apreciará la regulación del deber de revelación de los árbitros en nuestro país (vinculada a la imparcialidad e independencia) en algunos *reglamentos arbitrales*, con indicación de si estas establecen algún efecto ante la no revelación:

DISPOSITIVO	ÁMBITO DE APLICACIÓN	IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA	DEBER DE REVELACIÓN	EFECTO DE LA NO REVELACIÓN
Reglamento Arbitraje CARC PUCP (vigente desde el 15/06/2017)	Arbitrajes administrados y los que incorporen cláusula arbitral del centro (art. 1).	Deben ser y permanecer así, observando el deber de confidencialidad (art. 21).	Declarar hechos o circunstancias que puedan generar dudas justificadas/su disponibilidad/cumplimiento de requisitos (art. 22, 1er párr).	Su sola inobservancia constituirá un hecho que da lugar a dudas sobre la imparcialidad e independencia del
Reglamento Arbitraje CCL (vigente desde el 01/01/2017)	Arbitrajes administrados sometidos a su reglamento y arbitrajes sometidos a otras reglas de arbitraje. Son de observancia obligatoria por los árbitros, integren o no el Registro de Árbitros del Centro. También son aplicables a los arbitrajes *ad hoc* (art. 1, concordado con el art. 1, nums. 1 y 3 de las Reglas de Ética).	Debe ser y permanecer así respecto a las partes en el arbitraje (art. 14, inc. 1).	Al aceptar la designación, suscribe una declaración sobre cualquier hecho o circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. También cualquier otro hecho o circunstancia similar que surja durante el arbitraje (art. 14, inc. 2 (nums. 2 y 3).	**No se establece.** Genéricamente, en su art. 14, núm. 5 indica que debe desempeñar el cargo de conformidad con los Reglamentos, especialmente con las reglas de ética (debe concordarse con el art. 5, numeral 7 de dichas reglas).
Reglamento de Arbitraje Amcham (vigente desde el 01/07/2021)	Arbitrajes administrados o si ha sido previsto o autorizado por cualquier otra fuente vinculante para las partes (art. 4, inc. 1).	Deben ser y permanece así durante todo el arbitraje (art. 23, inc. 2). .	Al aceptar el cargo declara cualquier hecho o circunstancia que pueda generar dudas sobre su imparcialidad o independencia. Dará a conocer otros hechos que surjan con posterioridad. (art. 23, inc. 3 y 4).	**No se establece.**

Tal y como se aprecia de los cuadros precedentes, el deber de revelación/declaración se encuentra regulado en la Ley de Arbitraje, en la Ley de Contrataciones del Estado, así como algunos reglamentos de los Centros de Arbitraje; sin embargo, estos, prácticamente, no regulan los efectos y consecuencias jurídicas ante la no revelación/declaración de los árbitros; dejándose reservado —en algunos casos— dicha regulación para los códigos de ética. Nos referimos tanto al Código de Ética que se aplica para el arbitraje en contrataciones con el Estado (régimen general), así como a los Códigos de Ética de cada uno de los centros de arbitraje (régimen especial). Como veremos más adelante, el régimen general aplica de manera supletoria a los arbitrajes administrados, en caso la Institución Arbitral no cuente con un Código Ético, o teniéndolo, no establezca la infracción cometida por el árbitro o no establezca la sanción.

8.1. El Reglamento de la LCE regula los supuestos de infracción al Código de Ética

Previo a referirnos a la regulación del Código de Ética para arbitrajes en contrataciones con el Estado, es preciso revisar el *Reglamento de la LCE*, específicamente a la modificación efectuada a través del Decreto Supremo n.° 344-2018-EF,[53] que en su capítulo IV regula lo atingente al «Código de Ética y Consejo de Ética, debido a que es en este Reglamento en donde se regulan los supuestos de infracción sancionables por el Código de Ética, como veremos seguidamente. Veamos los más importantes tópicos comprendidos:

- Desarrolla los principios rectores que observan todos aquellos que participan en arbitrajes en contrataciones con el Estado, también recoge los deberes éticos que observan los árbitros, los supuestos de infracción aplicables y las sanciones respectivas

[53] Que, a su vez, fue posteriormente modificado por el Decreto Supremo n.° 377-2019-EF.

(acorde a lo establecido en el numeral 45.28 del artículo 45 de la Ley[54] (ver numeral 253.1. del art. 253).

- Establece que el conjunto de disposiciones contenidas en la Ley, su Reglamento y el Código de Ética para el arbitraje en contrataciones del Estado, conforman el *régimen ético general aplicable* a los arbitrajes en materia de contrataciones del Estado (ver numeral 253.2. del art. 253).

- Precisa que toda institución arbitral que organice y administre arbitrajes en contrataciones con el Estado cuenta con un Código de Ética, cuyo contenido observa los principios del régimen ético desarrollado en el Reglamento (ver numeral 253.3. del art. 253).

- Dispone el registro, y correspondiente publicación de las denuncias o investigaciones iniciadas de oficio declaradas fundadas, tanto por las instituciones arbitrales como por el Consejo de Ética (núm. 253.4. del art. 253).

- *En su artículo 254 regula los supuestos de infracción ética sancionables por el Consejo de Ética para el arbitraje en contrataciones del Estado*. Y lo hace, partiendo de clasificar dichos supuestos desde el incumplimiento o inobservancia a de los principios de independencia, de imparcialidad, de transparencia, así como de la debida conducta procedimental. A tal efecto describe dentro de cada uno de estos describe los deberes éticos que se consideran infracciones.

---

54 «45.28. *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».
El numeral 45.29 establece que las infracciones señaladas son desarrolladas en el reglamento y recogidas en el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado.

En cuanto al *incumplimiento o cumplimiento defectuoso o inoportuno al deber de revelación*:

- Con respecto a la independencia (literal c del numeral 254.1) lista los deberes éticos que se consideran infracciones, entre las cuales figura por ejemplo que el árbitro mantuvo o mantiene otros procesos arbitrales donde también ejerce el cargo de árbitro y donde participa alguna de las partes (subliteral c.11).

- En la misma línea, en cuanto a la imparcialidad (literal c del núm. 254.2) describe como infracción que el árbitro y alguna de las partes, sus abogados, asesores o representantes, u otro árbitro, desempeñaron o desempeñan conjuntamente funciones de árbitros, en asuntos que no guarden relación con la controversia.

Fuera de los supuestos listados en el literal c) de dichos numerales, también se considera como infracción el incumplimiento o cumplimiento defectuoso o inoportuno del deber de revelación respecto de *cualquier otro tipo de circunstancias* que podían haber generado dudas razonables de su imparcialidad, al momento de aceptar el cargo por hechos acaecidos con cinco (5) años de anterioridad a su nombramiento o aquellos ocurridos de modo sobreviniente [regulado en el literal d) de los numerales 254.1 (independencia) y 254.2 (imparcialidad)].

Finalmente, el Reglamento de la LCE, además, regula las sanciones (ver el art. 255), su graduación (numeral 255.2) y lo referente al *Consejo de Ética* (art. 256), que es el ente colegiado encargado de determinar la

comisión de infracciones al Código de Ética para el arbitraje en contrataciones del Estado (numeral 256.1), así como la imposición de sanciones[55] (numeral 256.9).

8.2. El Código de Ética para el arbitraje en contrataciones del Estado

En concordancia con el numeral 45.26 del artículo 45 del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado —aprobado por Decreto Supremo n.° 082-2019-EF— que establece:

> 45.26. 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. (Énfasis agregado)

Dicho Código[56] ha establecido su alcance en los siguientes términos:

> Artículo 1.- «Alcances
>
> El Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado (en adelante, el Código) es aplicable a los arbitrajes administrados por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, OSCE), arbitrajes ad hoc y, *supletoriamente a los arbitrajes administrados por*

---

55 Regulando también su conformación (numeral 256.2), quorum (numeral 256.3), la forma de su designación (numeral 256.4), precisándose que las funciones, atribuciones y responsabilidades de dicho Consejo de Ética se desarrollan en el Código de Ética para el arbitraje en contrataciones del Estado (numeral 256.8), además, de indicar sus facultades y atribuciones (numeral 256.9).

56 Mediante Resolución n.º 136-2019-OSCE/PRE, de fecha 22 de julio de 2019, publicada el 23/07/2021, se resolvió:
Artículo 1.- «Formalizar la aprobación del "Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado"[56], que en anexo forma parte integrante de la presente Resolución».
Artículo 2.- «Formalizar la derogación del "Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado" aprobado por Resolución n.° 028-2016-OSCE/PRE.[56] […]».

instituciones arbitrales que tengan aprobado un Código de Ética o que, teniendo uno, no establezca la infracción cometida por el árbitro o no establezca la sanción aplicable».

Atendiendo a dicho alcance para su aplicación —y teniendo como base el Cuadro 2— a continuación, se graficará cómo se comporta este código de ética con relación a los códigos éticos de algunas Instituciones Arbitrales; incidiendo en los efectos y consecuencias que se pueden generar por la omisión del deber de revelación/declaración de los árbitros:

Norma / Rubro	**CÓDIGO DE ÉTICA - ARBITRAJE EN CONTRATACIONES CON EL ESTADO (vigente desde el 24/07/2019)**	**CÓDIGO DE ÉTICA - UNIDAD DE ARBITRAJE CARC PUCP (vigente desde el 01/04/2021)**	**REGLAS DE ÉTICA CCL (vigente desde el 01/01/2017)**	**CÓDIGO DE ÉTICA AMCHAM (vigente desde el 01/07/2021)**
Ámbito de aplicación	Arbitrajes administrados por el OSCE, *ad hoc*, institucionales (que no tengan código de ética o, teniéndolo, no contengan el supuesto de infracción o la sanción (art. 1, num. 1.1).*	Arbitrajes sometidos al centro, *ad hoc* y aquellos en los que el centro actúe como entidad nominadora de árbitros o autoridad decisoria de recusaciones (art. 1).	A todos los árbitros designados. Arbitrajes *ad hoc* donde el centro actúa como entidad nominadora o autoridad decisoria de recusaciones (art. 1).	A los árbitros que actúen en arbitrajes administrados y cualquier otra persona que participe en el arbitraje (art. 1, núm. 1 y 2).
Deber de revelación	Al aceptar el encargo, debe cumplir por escrito con revelar. (art. 4, num. 4.1, inciso a).	Al aceptar su designación o en cualquier momento (art. 7).	Debe revelar (art. 5).	Debe revelar (art. 3, núm. 2; dentro del alcance del art. 4).
Acciones que debe	- Identificar posibles conflictos de interés. - Rechazar su designación. - Revelar por escrito, hechos y circunstancias	En caso de duda, el árbitro debe privilegiar la declaración de los hechos y/o circunstancias (art. 7, núm. 7.3, primera parte del 3er párr.).	- Abstenerse de aceptar el cargo. - Hacer esfuerzo razonable para informarse acerca de cualquier interés o	- No aceptar la designación. - Revelar por escrito. - Identificar

efectuar el árbitro	que puedan afectar, *desde el punto de vista de las partes,* su imparcialidad e independencia (art. 4, num. 4.1). En caso de duda, debe revelar		relación. - Es continuo. En caso de duda, debe revelar (art. 5 nums. 4-6).	posibles conflictos de interés. En caso de duda, debe revelar (art. 3, num. 1-4).

Es preciso indicar que todas las referidas modificaciones al Reglamento de la LCE (sobre infracciones éticas de los árbitros y su régimen sancionador) se aplican a infracciones cometidas desde la entrada en vigencia de las mismas.[57]

8.3. Normativa que establece la obligación de revelar información por parte de los árbitros - Declaración Jurada de Intereses (DJI)

Por Decreto de Urgencia n.º 020-2019,[58] publicado en el diario oficial *El Peruano* con fecha 05/12/2019, se estableció la obligatoriedad de la

---

57 Lo cual es conforme a lo estipulado por la novena disposición complementaria transitoria del Reglamento de la LCE:
Novena.- «[…]
Las modificaciones al Reglamento de la Ley n.° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, referidas a las infracciones éticas de los árbitros y su régimen sancionador, aprobadas mediante el presente Decreto Supremo, se aplican a las infracciones cometidas desde la entrada en vigencia de las mismas, a pesar de que las controversias se refieran a un contrato derivado de un procedimiento de selección convocado con anterioridad».

58 Norma que tiene como sustento una serie de disposiciones emitidas por el gobierno, como son:
- *El Decreto Supremo n.° 092-2017-PCM*, que aprueba la política nacional de integridad y lucha contra la corrupción (de cumplimiento obligatorio por parte de todas las entidades públicas), la cual contiene tres ejes, uno de los cuales se denomina "capacidad preventiva del Estado frente a los actos de corrupción).
- *El Decreto Supremo n.° 042-2018-PCM*, que establece medios para fortalecer la integridad pública y la lucha contra la corrupción, regulando medidas en materia de integridad pública, con el objeto de orientar la correcta, transparente y eficiente actuación de los servidores públicos y de las entidades. Dicha norma en el numeral 8 de su artículo 4 incorpora la Declaración Jurada de Intereses, como mecanismo e instrumento que promueve la integridad pública, para la implementación del control interno y la promoción de acciones de prevención y lucha contra la corrupción.

presentación de la declaración jurada de intereses (en adelante DJI) en el sector público, por parte de los servidores civiles, de quienes desempeñan función pública, así como de los sujetos incluidos en el artículo 3;[59] en cuyo *inciso x comprende a los árbitros que participan en arbitrajes que involucran al Estado*, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento. La implementación de esta disposición estaba a cargo de la Presidencia del Consejo de Ministros.[60]

La referida norma *define la Declaración Jurada de Intereses*, como el instrumento que *contiene información* respecto a actividades de carácter profesional u ocupacional, actividades comerciales, relaciones de parentesco, entre otras, *con la finalidad de hacer público posibles conflictos de intereses*.

- *El Decreto Supremo n.° 044-2018-PCM*, que aprueba el Plan Nacional de integridad y lucha contra la corrupción 2018-2021, que tiene como objetivo específico de la Política Nacional e Integridad «adecuar el marco normativo en materia de integridad pública de acuerdo a los estándares de la OCDE, a través del […] ii) establecimiento de la obligatoriedad de la declaración jurada de intereses».
- *La Ley del Código de Ética de la función pública*.
- *La Ley de Transparencia* (Texto Único Ordenado de la Ley n.° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo n.° 043-2003-PCM), en cuyo numeral 2 de su artículo 39 establece que las entidades que forman parte del sistema de justicia están obligadas a publicar en sus respectivos portales de transparencia, la declaración jurada de intereses de los jueces, fiscales y, en general, de los miembros del sistema de justicia que permitan conocer si están o no incursos en situaciones en las cuales sus intereses personales, laborales, económicos o financieros pudieran estar en conflicto con el cumplimiento de los deberes y funciones del cargo.
- *El Decreto Supremo n.° 080-2018-PCM*, que dispone la presentación de la DJI de los funcionarios y servidores públicos del Poder Ejecutivo de manera obligatoria.
- *El Decreto Supremo n.° 138-2019-PCM*, que establece la obligatoriedad de la presentación de la DJI en el Sector Público. A efectos de su implementación, dispuso que cada Entidad emite una resolución administrativa para su cumplimiento.
- *El Decreto Supremo n.° 056-2018-PCM*, que aprueba la política general de gobierno al 2021, siendo uno de sus ejes, consolidar los estándares de integridad de la Administración Pública (primer eje de la política general de gobierno).

59 Siendo la oportunidad para su presentación, de acuerdo con el artículo 5, las siguientes:

5.2. La Declaración Jurada de Intereses se presenta en las siguientes ocasiones:

a) De inicio: Dentro de los quince (15) días hábiles de haber sido elegido/a, nombrado/a, designado/a, contratado/a o similares.
b) De actualización: Durante los primeros quince (15) días hábiles, después de doce (12) meses de ejercida la labor. Sin perjuicio de lo anterior, en caso de que se produzca algún hecho relevante que deba ser informado, el sujeto obligado presenta una actualización de su declaración jurada de intereses, en el plazo de quince (15) días hábiles de producido el referido hecho.
c) De cese: Al momento de extinguirse el vínculo laboral o contractual, siendo requisito para la entrega de cargo, conformidad de servicios o similares.

60 El art. 5 de la dicha norma estipula en su numeral 5.1:

Dicha norma reguló, además, el contenido de la DJI (artículo 4), así como su oportunidad de presentación (artículo 5),[61] que es al inicio, de actualización y, de cese.

A su turno, se publicó con fecha 21.05.2020 el Decreto Supremo n.° 091-2020-PCM, que aprobó el Reglamento del Decreto de Urgencia n.º 020-2019;[62] en cuyo artículo 10° se establecieron pautas y efectos en

---

«5.1. La Declaración Jurada de Intereses se presenta en forma virtual a través de la Plataforma Única de Declaración Jurada de Intereses (https://dji.pide.gob. pe) implementada por la Presidencia del Consejo de Ministros, a través de la Secretaría de Gobierno Digital y la Secretaría de Integridad Pública y es firmada digitalmente».

61 Conforme apreciamos de su tenor:

Artículo 4.- «Contenido de la Declaración Jurada de Intereses

4.1. La Declaración Jurada de Intereses contiene información relevante de los sujetos obligados referida a:

a) Información de empresas, sociedades u otras entidades públicas o privadas, en las que posea alguna clase de participación patrimonial o similar; constituidas en el país o en el exterior.
b) Información sobre las representaciones, poderes y mandatos otorgados por personas naturales o jurídicas, públicos o privados.s
c) Participación en directorios, consejos de administración y vigilancia, consejos consultivos, consejos directivos o cualquier cuerpo colegiado semejante, sea remunerado o no.
d) Empleos, asesorías, consultorías y similares, en los sectores público y privado, sea remunerado o no.
e) Participación en organizaciones privadas, tales como organizaciones políticas, asociaciones, cooperativas, gremios y organismos no gubernamentales.
f) Participación en Comités de Selección de licitación pública, concurso público, contratación directa y adjudicación simplificada; y fondos por encargo.
g) Personas que integran el grupo familiar, tales como padre, madre, suegro, suegra, cónyuge, conviviente, hijos/as, hermano/s y hermana/s, indicando su número de documento de identidad, sus actividades, ocupaciones y centros o lugares de trabajo actuales. La información respecto de los hijos/as menores de edad es protegida y excluida para efectos de la publicación.

4.2. Los literales a), b), c), d) y e), comprenden información dentro del periodo de cinco (05) años anteriores a la presentación de la Declaración Jurada de Intereses, cuando esta se presente al inicio del ejercicio del cargo o función pública.

4.3. La información señalada en el literal f) corresponde a aquella que el declarante ostenta al momento de la declaración.

4.4. La información señalada en el literal g) corresponde a aquella que el declarante conozca al momento de su declaración. En caso de falta de certeza, esto se precisa en el numeral 2.8, del formato de la Declaración Jurada de Intereses referida a "Otra información relevante que considere necesario declarar».

62 En cuyo literal g) de su artículo 3, a efectos de determinar la condición de sujeto obligado indica que se tenga en cuenta la siguiente regla en cuanto al inciso x) que incluye a los árbitros

torno a la DJI, destacándose que esta constituye requisito para la aceptación de designación como árbitros y se presenta al mismo tiempo que los documentos con los que se comunica la aceptación del cargo. (Ver inciso 10.1). Y, su numeral 10.4, se establecía que *el incumplimiento del requerimiento de prestar DJI, o su presentación con información inexacta o falsa, constituyen causales de recusación*.[63-64]

Posteriormente, con fecha 23.06.2021 se publicó la *Ley n.° 31227*, Ley que transfiere a la Contraloría General de la República (CG) la competencia para recibir y ejercer el control, fiscalización y sanción respecto a la Declaración Jurada de Intereses de autoridades, servidores y candidatos a Cargos públicos; derogando al Decreto de Urgencia 020-2019 y toda norma que se oponga a lo previsto en la presente ley.[65]

(que intervienen en arbitrajes donde participa el Estado), como sujetos obligados a presentar DJI; precisó:

«g) Cuando el literal x) del artículo 3 del Decreto de Urgencia menciona a los "árbitros que participan en arbitrajes que involucran al Estado", se refiere a las personas naturales y jurídicas que participan en arbitrajes *ad-hoc* y en arbitrajes institucionales, según corresponda.

En el caso de las personas jurídicas, la obligación de presentar la DJI se materializa a través de su representante legal y se extiende a los árbitros designados por estas».

63 El referido artículo 10 establece:

«10.1.En el caso de los árbitros que participan en arbitrajes en los que el Estado es parte, la Declaración Jurada de Intereses de inicio constituye requisito para la aceptación de la designación como árbitros y se presenta al mismo tiempo que los documentos con los que se comunica la aceptación del cargo.

10.2. La entidad que interviene en el arbitraje como parte es la responsable de reportarlos a través de la Plataforma Única de Declaración Jurada de Intereses.

10.3. La presentación de la Declaración Jurada de Intereses de actualización se efectúa conforme a lo establecido en el numeral 5.2 del artículo 5 del Decreto de Urgencia; y la de cese se presenta con la emisión del laudo».

10.4. *El incumplimiento del requerimiento de presentar la Declaración Jurada de Intereses* conforme el numeral 11.5 del artículo 11 del presente Reglamento **o** *la presentación de la misma con información inexacta o falsa, constituyen causales de recusació***n**».

64 Asimismo, establece en su *única disposición complementaria transitoria*:

«Los procesos arbitrales en trámite se adecúan a lo previsto en el decreto de urgencia y en el presente Reglamento en la etapa en que se encuentran; a excepción de la recusación que solo aplica para las designaciones de árbitros posteriores a la vigencia del presente Reglamento».

65 Dicho artículo 1, además de derogar el Decreto de Urgencia n.° 020-2019 (lo que expresamente establece en su octava disposición complementaria final), estableció que la declaración jurada de intereses de las autoridades, funcionarios y servidores públicos del Estado es un instrumento para la detección y prevención de conflictos de intereses y requisito indispensable para el ejercicio del cargo o función pública; la cual se presenta ante el sistema de la Contraloría

Esta norma, al igual que su antecesora, *también establece la obligatoriedad de la presentación de la DJI* de los denominados sujetos obligados comprendidos en su artículo 3, en cuyo inciso w) *incluye*,[66] entre otros, *a los árbitros que participan en procesos de solución de controversias que involucran al Estado*.

Es preciso mencionar que la ley enfatiza en el carácter público a la DJI, cuya presentación (a través del Sistema de Declaraciones Juradas para la Gestión de Conflictos de Intereses de la Contraloría General de la República) constituye requisito indispensable para el ejercicio del cargo o función pública. Asimismo, en su artículo 4, precisa el contenido de la DJI.[67]

General de la República, con el fin de garantizar la autonomía e independencia en el control, fiscalización y sanción de dichos instrumentos.

66 La norma textualmente prescribe:
Artículo 3.- Sujetos obligados
Están obligados a presentar la declaración jurada de intereses quienes ocupen los siguientes cargos o desarrollen las funciones de:
[…]
w) Conciliadores, amables componedores, miembros de las juntas de resolución de disputas y *los árbitros que participan en procesos de solución de controversias que involucran al Estado*, de acuerdo con lo establecido en las disposiciones reglamentarias de la presente ley». (El énfasis es agregado).

67 En los términos siguientes:
Artículo 4.- «Contenido de la declaración jurada de intereses
4.1. La declaración jurada de intereses contiene información relevante de los sujetos obligados referida a:
a) Información de empresas, sociedades u otras entidades públicas o privadas, en las que posea el declarante y/o su cónyuge o conviviente alguna clase de participación patrimonial o similar; constituidas en el país o en el exterior.
b) Información sobre las representaciones, poderes y mandatos otorgados al declarante y/o su cónyuge o conviviente, por personas naturales o jurídicas, públicas o privadas.
c) Participación del declarante y/o su cónyuge o conviviente en directorios, consejos de administración y vigilancia, consejos consultivos, consejos directivos o cualquier cuerpo colegiado semejante, sea remunerado o no, en el país o en el exterior.
d) Empleos, asesorías, consultorías y similares, en los sectores público y privado, sea remunerado o no, en el país o en el exterior.
e) Participación en organizaciones privadas, tales como organizaciones políticas, asociaciones, cooperativas, gremios y organismos no gubernamentales.
f) Participación en comités de selección de licitación pública, concurso público, contratación directa y adjudicación simplificada; y fondos por encargo.

Seguidamente, en su artículo 5 regula la oportunidad para la presentación de la DJI, la cual se da en 3 momentos: a) al inicio de haber sido elegido, nombrado, designado, contratado o similares; b) periódica y iii) al cese; precisando —en la parte final de dicho artículo— que: «*El incumplimiento de la presentación* de las declaraciones juradas de intereses establecidos en los incisos b) y c) *o la presentación tardía, incompleta o falsa dará lugar a la respectiva sanción administrativa* a cargo de la Contraloría General de la República».

El Reglamento para implementar la Ley n.° 31227, vigente desde el 14/08/2021[68] *es el que regula en su artículo 27 las infracciones y sanciones*, en los términos siguientes:

- *La CG se encarga de procesar y sancionar las conductas infractoras* establecidas en el numeral 20 del artículo 46 de la Ley n.° 27785 - Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la

g) Parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad por razón de matrimonio, unión de hecho o convivencia, indicando su número de documento de identidad, sus actividades, ocupaciones y centros o lugares de trabajo actuales.

La información respecto de los hijos/as, nietos/as y hermanos/as menores de edad es protegida y excluida para efectos de la publicación. Las disposiciones reglamentarias de la presente ley pueden establecer información adicional.

4.2. Los literales a), b), c), d), e) y f) comprenden información dentro del periodo de cinco (5) años anteriores a la presentación de la declaración jurada de intereses, cuando esta se presente al inicio, de manera periódica y al cese del ejercicio del cargo o función pública.

4.3. La información señalada en el literal g) corresponde a aquella que el declarante conozca al momento de su declaración. En caso de falta de certeza, esto se precisa en el numeral 2.8 del formato de la declaración jurada de intereses referida a "Otra información relevante que considere necesario declarar"».

68 Aprobado mediante Resolución de Contraloría n.° 158-2021-CG del 09.08.2021 —cuya publicación fue dispuesta por Resolución de Contraloría n.° 162-2021-CG, publicada el 13.08.2021—, conforme se precisa seguidamente:

Artículo 1.- «Disponer la publicación en el diario oficial *El Peruano* del Reglamento aprobado por Resolución de Contraloría n.° 158-2021-CG, "Reglamento para implementar la Ley n.° 31227, respecto a la recepción, el ejercicio del control, fiscalización y sanción de la Declaración Jurada de Intereses de autoridades, funcionarios y servidores públicos del Estado, y candidatos a cargos públicos».

Artículo 2.- «Modificar el artículo 3 de la Resolución de Contraloría n.° 158-2021-CG, en los términos siguientes:

Artículo 3.- «El Reglamento aprobado en el artículo 1 de la presente Resolución, entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano*.

[…]».

Contraloría General de la República —modificada por la Ley n.° 30742[69] en cuanto a su artículo 46; y posteriormente modificada por la Ley n.° 31288[70] que incorporó el núm. 20 a dicho artículo 46—; el cual estipula:

> Artículo 46.- «Conductas infractoras
>
> Los funcionarios o servidores públicos incurren en infracción en materia de responsabilidad administrativa funcional, sujeta a la potestad sancionadora de la Contraloría General, por:
>
> […]
>
> 20. *Omitir información que deba constar o consignar información falsa o inexacta, tardía o incompleta***, en** la declaración jurada de ingresos, bienes y rentas o *declaración jurada de intereses o de no tener conflicto de intereses*, por razones que sean atribuibles al funcionario o servidor público o al sujeto obligado a su presentación, con la finalidad de ocultar situaciones irregulares que colisionen con los intereses del Estado. Esta infracción es considerada como muy grave». (Énfasis agregado).

En virtud de la cuarta disposición complementaria final de la Ley n.° 31288 (publicada el 20/07/2021 y vigente desde el día siguiente), las infracciones y sanciones que regula se aplican a los hechos cometidos o culminados a partir de su entrada en vigencia.

- Sin perjuicio que la CG se encarga de procesar y sancionar las conductas infractoras, las entidades son responsables de procesar

---

69 La Ley n.º 30742, publicada el 28.03.2018, es la Ley de Fortalecimiento de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control.

70 La Ley n.° 31288, publicada el 20.07.2021, es la Ley que tipifica las conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional y establece medidas para el adecuado ejercicio de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República.

y sancionar el incumplimiento o la presentación tardía, incompleta o falsa de las DJI,[71] de acuerdo al régimen disciplinario aplicable.[72]

- Las sanciones a imponer son las previstas en el artículo 47 de la Ley n.° 27785 para el caso de las conductas infractoras, cuyo procesamiento está a cargo de la CG.[73] Para el caso de las conductas

---

71 De acuerdo con la norma, *La DJI con información falsa o inexacta*, es aquella que contiene información general contraria a la verdad y al principio de presunción de veracidad, con la intención de simular, suponer o alterar la real situación del sujeto obligado.
Se entiende por *presentación tardía* cuando la DJI es presentada fuera del plazo estipulado en las oportunidades de presentación señaladas en el artículo 5 de la Ley n.° 31227.
La *DJI es incompleta* cuando esta presenta datos parciales en la información registrada por el sujeto obligado e impide identificar su real situación.
El incumplimiento a las obligaciones referidas a brindar información pertinente y actualizada del personal, así como en la elaboración de la lista y registro de los sujetos obligados, son materia de procesamiento y sanción correspondiente, por parte de las entidades.

72 Precisando que las sanciones a imponer son las previstas en el artículo 47 de la Ley n.° 27785 para el caso de las conductas infractoras, cuyo procesamiento está a cargo de la Contraloría. Para el caso de las conductas infractoras a ser procesadas por las entidades, las sanciones corresponden a las establecidas en los regímenes disciplinarios aplicables.
El procesamiento de las infracciones por la Contraloría o las entidades se realiza sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar, de ser el caso.

73 En cuanto a los tipos de sanciones, se estipula:
Artículo 47.- «Tipos de sanciones
1. Las infracciones en materia de responsabilidad administrativa funcional, tipificadas en el artículo 46, dan lugar a la imposición de sanción conforme a lo siguiente:
   a) *Inhabilitación* para el ejercicio de la función pública, no menor de sesenta (60) días calendario ni mayor a un (1) año para las infracciones graves.
   b) *Inhabilitación* para el ejercicio de la función pública, no menor a un (1) año hasta cinco (5) años para las infracciones muy graves.

Las referidas sanciones comprenden la pérdida de la capacidad legal para el desempeño de funciones, cargos o comisiones en el ámbito de la función pública por parte del funcionario o servidor sancionado. En caso la indicada sanción sea mayor a seis (6) meses, esta supone además la consecuente extinción del vínculo jurídico de cualquier naturaleza que, para la prestación de función pública, mantuviese el funcionario o servidor con una entidad pública, al momento de la eficacia de la sanción.
2. En reglamento aprobado por resolución de contraloría, se especifican el alcance y criterios para la graduación de las sanciones y se establecen las disposiciones para la aplicación de las mismas.
3. De imponerse la sanción por responsabilidad administrativa funcional cuando la persona se encuentre ejerciendo un cargo de elección popular, la sanción tiene eficacia desde que cesa en dicho cargo».

infractoras a ser procesadas por las entidades, las sanciones corresponden a las establecidas en los regímenes disciplinarios aplicables.

- El procesamiento de las infracciones por la CG o las entidades se realiza sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar, de ser el caso.

Si bien la acotada normativa no especifica si es la CG o son las Entidades a quienes corresponde procesar y sancionar a los árbitros; atendiendo a que en cuanto a estas últimas señala que lo hacen en atención a los regímenes disciplinarios, y entendiendo que estos son los vinculados directamente al personal de las Entidades (en tanto comprenden, entre otros, los deberes y derechos de los empleados públicos, el procedimiento y los órganos competentes para imponer las sanciones); se puede inferir que tales acciones correspondería a la CG.

También resulta relevante mencionar que, en su artículo 30°, el reglamento establece que la CG publica en el portal de Datos Abiertos la información pública del contenido del formato de las DJI (señaladas en el Anexo 1 del Reglamento).

8.4. Referencia en la jurisprudencia peruana en cuanto a la omisión del deber de revelación

Ahora veamos lo que podría ocurrir si advertida dicha omisión al deber de revelación, la parte que se considerase afectada iniciara un incidente de recusación, contra cuyo resultado se hubiera interpuesto recurso de anulación. En tal escenario, cabe preguntarse ¿cuál es el efecto de una solicitud de recusación por omisión al deber de revelación conforme a un reglamento arbitral?, ¿cómo ponderaría el Poder Judicial la omisión al deber de revelación?, ¿la sola omisión al deber de revelación implica su incumplimiento?, ¿bastaría corroborar tal omisión para amparar la causal de anulación?, ¿cuál sería su criterio en cuanto a los elementos de

juicio sobre dicha omisión que le generarían convicción? Y, finalmente, ¿de no prosperar la recusación por omisión al deber de revelación, qué efectos genera desde las normas de ética?

Nos apoyamos en *jurisprudencia nacional emitida por el Poder Judicial*, que se ha pronunciado sobre el alcance de la omisión al deber de revelación. Seguidamente referenciamos el caso:

Materia	:	Recurso de anulación contra laudo de derecho, interpuesto por la ONP
Exp. n.°	:	00313-2016-0-1817-SP-CO-01
Instancia	:	Primera (1ª) Sala Civil Comercial Permanente de Lima
Demandante	:	Oficina de Normalización Previsional (ONP)
Demandado	:	JAR Outsourcing S. A. C., antes Buro Outsourcing S. A. C.
Causales	:	La ONP invocó 4 causales de anulación (lits. b y c del num. 1 del art. 63 de la Ley de Arbitraje). Se abordará únicamente la vinculada a la omisión del deber de revelación.
Resolución	:	n.° 12, de fecha 01/03/2017

La ONP invocó la *causal de anulación contenida en el literal c) del numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje*:[74]

[74] Por la misma causal se denunciaron como sustento fáctico de la demanda:
Que las actuaciones arbitrales no han cumplido con lo dispuesto en el artículo 57.1 de la Ley de Arbitraje, que establece que, en el arbitraje nacional, el tribunal arbitral decidirá el fondo de la controversia, de acuerdo a derecho; siendo que *las actuaciones arbitrales violan el derecho a un debido proceso legal, específicamente el derecho constitucional a ser juzgado por un árbitro imparcial*.
La misma anterior infracción, indicando que *las actuaciones arbitrales violan el derecho a un debido proceso legal, específicamente en lo referido a sus manifestaciones de derecho de defensa, debida motivación, logicidad y valoración de la prueba*.
Ambas causales se han enmarcado dentro de la Décimo Segunda Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje - Dec. Legislativo n.° 1071 (por violación al derecho a un debido proceso legal).

1. Por cuanto la composición del tribunal arbitral y sus actuaciones no se han ajustado al acuerdo entre las partes, ni a las normas aplicables.

- Se denunció que el árbitro en cuestión vulneró el deber de independencia, imparcialidad y deber de información, afectando el derecho de la ONP de contar con un árbitro acorde a lo pactado por las partes.[75]

- El incumplimiento consistió en que *el árbitro* al momento de aceptación del cargo *no puso en conocimiento*:

  i. Que conocía al representante de la demandante, quien también fue abogado de otra empresa en el arbitraje seguido entre otras partes, en el cual el árbitro en cuestión formó parte.

  ii. Que conocía a un segundo representante de la demandante, quien también fue abogado de otra empresa en el arbitraje seguido entre otras partes, en el cual el árbitro en cuestión formó parte.

  iii. Que había conformado tribunal arbitral con el segundo representante de la demandante en el arbitraje seguido entre otras partes.

Al efectuar su análisis, el Colegiado de la Primera (1.ª) Sala Civil Comercial de Lima, precisó:

- «[…] la independencia e imparcialidad de los árbitros es un componente esencial del debido proceso arbitral, no solo porque la

Asimismo, invocando la causal de anulación contenida en el literal d) del numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, se invocó como sustento fáctico de la demanda que, *el tribunal arbitral se ha pronunciado sobre materias no sometidas a arbitraje*.

75 Incumplimiento las normas contenidas en el art. 52.8 de la Ley de Contrataciones con el Estado, artículo 224 de su Reglamento y el art. 28° de la Ley de Arbitraje.

doctrina y jurisprudencia constitucional así lo informa, sino además por expresa regulación del arbitraje para el caso que nos ocupa». (Ver su Décimo Considerando).

- «[…] desde antes de la fecha del Acta de Instalación que data del 05 de marzo de 2013, el árbitro […] tenía pleno conocimiento de la Carta s/n de fecha 25 de abril de 2012 y, por lo tanto, sabía que los abogados […] y […] habían sido nombrados como representantes de la Contratista Buro Outsourcing S.A.C., a los cuales conocía, omitiendo revelar esta circunstancia»[76] (ver su décimo séptimo considerando).

- «[…] que el árbitro […] vulneró el deber de revelación, al omitir declarar que conocía a los abogados […] y […], quienes habían sido nombrados como representantes de la Contratista Buro Outsourcing S. A. C., y haber conformado con el segundo de los nombrados un tribunal arbitral; inobservando los dispositivos antes glosados; y, aun cuando estos letrados no hayan participado en las actuaciones arbitrales, el árbitro estaba obligado a declarar dicha circunstancia a fin de evitar cualquier duda sobre su independencia e imparcialidad, generando con su omisión el incumplimiento de una correcta composición del tribunal arbitral de acuerdo a la normativa vigente y al acuerdo entre las partes […]». (Ver su décimo octavo considerando).

- «A más abundamiento, el artículo 5 del Código de Ética de OSCE dispone que la omisión de cumplir el deber de información por parte del árbitro dará la apariencia de parcialidad, sirviendo de base para separar al árbitro del caso y/o para la tramitación de la sanción respectiva. […] *se ha configurado la causal de*

[76] En el mismo considerando, señala: «La Carta s/n de fecha 25 de abril de 2012, por la cual Buro Outsourcing S.A.C. propone como árbitro a […] y nombra como sus representantes a los abogados […] y […], carta que fue recepcionada (sic) por la ONP el día 27 de abril de 2012, tal como aparece de su sello de recepción».

> *anulación que se denuncia, sin requerir de mayor elemento de juicio que corrobore un actuar parcializado del árbitro cuestionado*, habida cuenta que su *deliberada conducta omisiva de no revelar* su conocimiento y relación previa con los abogados designados originalmente por una de las partes, *resulta injustificable a ojos de un observador objetivo e imparcial y resulta incompatible con un arbitraje respetuoso del derecho de las partes a controlar la independencia e imparcialidad de los árbitros* […]» (ver su decimonoveno considerando) (énfasis agregado).

Basado en los fundamentos antes glosados, la Superior Sala declaró fundado el recurso de anulación por la causal contenida en el literal c) del numeral 2 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, en consecuencia, NULO el laudo arbitral. Asimismo, dispuso que carece de objeto emitir pronunciamiento sobre las demás causales invocadas.[77]

Al no estar conforme con lo resuelto por la 1.ª Sala Civil Subespecialidad Comercia de Lima, y de conformidad con lo estipulado por el artículo 64 de la Ley de Arbitraje,[78] la empresa Contratista interpuso *recurso de casación*. A continuación, los detalles:

Materia	:	Recurso de Casación contra la Sentencia emitida por la 1.ª Sala Civil Comercial de Lima interpuesto por la empresa JAR Outsourcing S. A. C.
Exp. n.°	:	02267-2017-0-5001-SU-CI-01
Instancia	:	Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República
Demandante	:	Oficina de Normalización Previsional (ONP)

[77] De conformidad con el literal c) del numeral 1 del artículo 65 de la Ley de Arbitraje, el efecto de declararse la anulación por la causal contenida en el literal c) del numeral 1 del artículo 63 de dicho cuerpo legal, es que las partes deberán proceder a un nuevo nombramiento de árbitros.

[78] En cuyo numeral 5, se establece que:
«5. Contra lo resuelto por la Corte Superior solo procede recurso de casación ante la Sala Civil de la Corte Suprema, cuando el laudo hubiera sido anulado en forma total o parcial».

Demandado	:	JAR Outsourcing S. A. C., antes Buro Outsourcing S. A. C.
Causales	:	JAR Outsourcing S. A. C. invocó 2 causales al interponer su recurso de casación contra la Sentencia (Resolución n.° 12); infracción normativa procesal de los incs. 3 y 5 del art. 139 de la Constitución Política del Perú e, infracción normativa material de los arts. 5 y 15 del Código de Ética de la OSCE.

a) La contratista invocó la *causal de infracción normativa procesal* de los incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú; toda vez que a su entender la Primera Sala Comercial indebidamente ha actuado como órgano revisor de la decisión de Capeco (órgano designado por las partes para la solución de toda controversia referida a la designación de los árbitros) como si estuviera resolviendo un recurso de apelación y, además, pronunciándose sobre extremos que no fueron alegados por la demandante, y que no fueron objeto de pronunciamiento por parte de Capeco al resolver la recusación formulada, incurriendo en vulneración del principio de congruencia procesal.

También denuncia una motivación aparente y omisiva por cuanto la Sala se ha limitado a reproducir los artículos 52.8 de la Ley de Contrataciones con el Estado, el artículo 224 de su Reglamento y artículo 28 de la Ley General de Arbitraje, omitiendo señalar cuál es el supuesto de hecho previsto por estas normas (indebida motivación); e,

b) Invocó la *causal de Infracción normativa material* de los artículos 5 y 15 del Código de Ética de la OSCE; alegando la contratista que la Sala intenta presentar una argumentación coherente sustentando su decisión con las normas citadas, no advirtiendo que la omisión del deber de información de los árbitros puede conllevar a la aplicación de una única sanción, olvidando que existe una escala de gradación de sanciones

prevista en el referido artículo 15, debiendo indicar las razones que sustentan la sanción más drástica.

Al efectuar su análisis, *la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República*, luego de desarrollar el tratamiento doctrinario y normativo de la imparcialidad e independencia de la función jurisdiccional y la del fuero arbitral, así como con respecto al deber de revelación y las pautas a considerarse en cuanto a dicho deber; *analizando el caso en concreto, precisó en su Ejecutoria, que*:

- «[…] ese deber de información que le es consustancial habrá de ser aplicado de manera prudente y razonable, informando solo aquello que ha de ser sustancial y relevante para la buena marcha del procedimiento arbitral y omitiendo todo aquello que signifique un retardo innecesario […]» (ver el fundamento vigésimo sétimo).

- «[…] no existe circunstancia válida alguna que permita determinar que el árbitro […] hubiese infringido el deber de revelación y por consiguiente vulnerado los principios de independencia e imparcialidad puesto que el solo mérito de no informar que conocía a los abogados de la contratista […] no lo inhabilitaba como árbitro» (ver el fundamento cuadragésimo primero).

- «[…] la sola omisión del deber de revelación no sugiere de manera inmediata la existencia de alguna parcialidad por parte del árbitro recusado ni tampoco la vulneración de los principios de independencia o imparcialidad a que se encuentra sometido el árbitro en tanto que para que se configure una falta al deber de información, se requiere que dicha omisión en la declaración sea relevante o trascendental y que afecte por tanto la buena marcha del proceso arbitral, lo que no se evidencia en el presente caso puesto que el árbitro recusado no se encontraba en la obligación

de revelar las circunstancias antes señaladas en tanto resultaban sin interés para la buena conducción del procedimiento arbitral» (ver el fundamento cuadragésimo tercero).

- «[…] no toda omisión en la información deba necesariamente derivar en una afectación a los principios de independencia e imparcialidad dado que conforme se razona del texto integral del artículo 5 del Código de Ética en concordancia con las Directrices IBA arriba mencionados, la omisión en el deber de información debe ser de tal entidad y trascendencia que afecten el buen desarrollo del proceso arbitral» (ver el fundamento cuadragésimo cuarto).

Basada en los fundamentos antes glosados, la Suprema Sala declaró fundado el recurso de casación por la causal de infracción normativa material (artículo 5 del Código de Ética); en consecuencia, NULA la Resolución número doce, de fecha 01.03.2017, expedida por la Primera Sala Comercial Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el extremo que declara fundado el Recurso de Anulación de Laudo Arbitral por la causal contenida en el literal c) numeral 2 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje; y actuando en sede de instancia, REVOCARON la sentencia que declara fundado el recurso de anulación por la citada causal, reformándola se declara infundada; ORDENANDO el reenvío de los autos a la Sala Superior a fin de que resuelva las demás causales formuladas en la demanda de anulación de laudo arbitral.

Comentando la Ejecutoria de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, considero pertinente hacer las siguientes atingencias a sus fundamentos:

- Reconoce que el árbitro recusado omitió revelar que conocía a ambos representantes de la Contratista.

- Aludiendo a los fundamentos de Capeco para declarar infundada la recusación (en el sentido de que no existía evidencia de que el árbitro hubiese tomado conocimiento que ambos representantes de la Contratista hubiesen participado como tal, menos aún, que hayan participado en alguna actuación arbitral; ni que el citado árbitro hubiese tenido conocimiento que el segundo de los representantes hubiese sido tal con respecto a la contratista); no se pronuncia sobre lo precisado por la Sala Civil Subespecialidad Comercial, la cual luego de revisar las piezas procesales pertinentes (Carta s/n de fecha 25 de abril de 2012/Acta de Instalación que data del 5 de marzo de 2013), cuando afirmó que el árbitro recusado tenía pleno conocimiento de que los dos abogados habían sido nombrados como representantes de la Contratista.

- Se infiere de la Ejecutoria que, resultaba necesaria la participación de los dos representantes en las actuaciones arbitrales para que se pondere de diferente manera la omisión al deber de revelación. Tanto más si recordamos que la 1.ª Sala Civil Subespecialidad Comercial de Lima, a efectos de declarar fundado el recurso de anulación, precisó que aun cuando dichos representantes no hayan participado en las actuaciones arbitrales, el árbitro estaba obligado a declarar dicha circunstancia, a fin de evitar cualquier duda sobre su independencia e imparcialidad; afirmación que en todo caso no fue contradicha por la Suprema Sala.

- Si bien la Suprema Sala afirma que para la configuración de una falta al deber de información —pasible de provocar la anulación del laudo arbitral—, se requiere que dicha omisión en la declaración sea relevante o trascendental y que afecte por tanto la buena marcha del proceso arbitral; al no haber esgrimido las razones de dicha afirmación, que la llevan a concluir que no se han vulnerado los principios de imparcialidad e independencia, no nos queda claro porque los hechos que no fueron revelados, a su entender, no son relevantes o trascendentales. Además, si como

consecuencia de esa postura, se inferiría que no se afectó la buena marcha del proceso arbitral.

- Si bien en la Ejecutoria se determina que debía ampararse la causal de infracción normativa material del artículo 5 del Código de Ética del OSCE —y como consecuencia de ello, debe declararse fundado el recurso de casación—, no se aprecia en cuál de sus numerales se sustentaría, tanto más si en su numeral 5.7 se establecía que debía informar «Si existe cualquier otro hecho o circunstancia significativos, que pudieran dan lugar a duda justificada respecto a su imparcialidad e independencia». Y, en la parte final de dicho artículo, se estipulaba que: «La omisión de cumplir el deber de información por parte del árbitro, dará la apariencia de parcialidad, sirviendo de base para separar al árbitro del caso y/o para la tramitación de la sanción respectiva»; dispositivo este último que fue valorado en primera instancia por la 1.ª Sala Civil Subespecialidad Comercial de Lima.

- En suma, para la Corte Suprema no se vio afectado el derecho de las partes de contar con un tribunal arbitral acorde a lo pactado entre ellas y, en consecuencia, el tribunal arbitral que resolvió la controversia estaba bien constituido.

Para el abogado Adrián Simons Pino, hay una incorrecta apreciación por parte de la Corte Suprema, cuya Ejecutoria «[…] no se ajusta ni a la doctrina invocada ni a las reglas internacionales o estándares de valoración de la apariencia de parcialización y al test de la tercera persona razonable o juiciosa. Incluso, si se sigue el criterio establecido por la Corte Suprema habríamos reducido a un hecho intrascendente y no sujeto a revelación, cuando un árbitro omite informar que conoce a los abogados y representantes de una de las partes y, que tampoco, es trascendente revelar que integró un tribunal arbitral con uno de ellos. La gran interrogante que nunca se aborda en la sentencia objeto de comentario es si bajo el ojo de una tercera persona de buen juicio y con

conocimiento de los hechos, esto debiera ser tolerado sin infringir la apariencia de imparcialidad. Por tanto, la sentencia Casatoria n.° 2267-2017-Lima, no solo es injusta, sino que flexibiliza el deber de revelación a estándares inadmisibles para el buen desarrollo del arbitraje».[79]

Las decisiones emitidas en ambas instancias —dado que la Corte Suprema actuó como tal en el caso comentado— derivan contrarios efectos, pese a los hechos (acreditados). Así, para la Sala Civil Subespecialidad Comercial de Lima, la omisión al deber de revelación del árbitro si importa la anulación de laudo, por cuanto la composición del tribunal arbitral y sus actuaciones no se han ajustado al acuerdo entre las partes, ni a las normas aplicables (*causal* del literal c del numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje). De haber quedado firme esta decisión, el tribunal arbitral se hubiera tenido que reconformar[80] y, como es lógico, se hubiera emitido un nuevo laudo.

Para la Corte Suprema, por el contrario, no se configura causal de anulación, pues los hechos que se omitieron revelar resultan intrascendentes, en tanto no afectan la marcha del arbitraje. En consecuencia, al haber declarado fundado el recurso de casación, nula la sentencia que declara fundado el recurso de anulación por dicha *causal* y, actuar como sede de instancia, revocó dicha sentencia, y reformándola, la declaró *infundada*. En suma, el laudo es válido.[81]

---

79 En su artículo «Desde una perspectiva de la jurisprudencia. El deber de revelación y la anulación de laudos»; en *El Peruano*, «Sección Jurídica», de fecha 06/11/2018; al que se puede acceder desde
<https://elperuano.pe/suplementosflipping/juridica/713/web/pagina03.html>.

80 En cuyo tenor se señala:
Artículo 65.- «Consecuencias de la anulación.
Anulado el laudo, se procederá de la siguiente manera:
[…]
c. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso c. del numeral 1 del artículo 63, las partes deberán proceder a un nuevo nombramiento de árbitros o, en su caso, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje en el estado en el que se no se observó el acuerdo de las partes, el reglamento o la norma aplicable».

81 Únicamente como referencia, se precisa que, luego del reenvío del expediente, la Primera Sala Civil Comercial de Lima se pronunció —mediante Resolución n.° 20 del 17.07.2018— con

Si bien para la Corte Suprema la sola omisión del deber de revelación no sugiere de manera inmediata la existencia de alguna parcialidad por parte del árbitro recusado ni tampoco la vulneración de los principios de independencia o imparcialidad; de cara al vigente Código de Ética para arbitrajes de contrataciones del Estado (que concuerda con el tenor de su antecesor respecto del numeral 5.7 y parte final del art. 5; ya citados y cuyo contenido no ha variado); no se analiza cuál es el alcance del referido Código de Ética en cuanto señala que tal omisión dará la apariencia de parcialidad, sirviendo de base para separar al árbitro del proceso y/o para la tramitación de la sanción respectiva, de ser el caso.

8.4.1. Las Directrices de la International Bar Association (IBA) en cuanto a la omisión del deber de revelación

Las Directrices IBA (International Bar Association), aprobadas inicialmente en 2004, «Sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional 2014», brindan orientación sobre el alcance de los árbitros, obligaciones de divulgación (revelación) y cuestiones de conflicto de intereses.

Estas reglas establecen principios generales, desagregándose en normas generales (que describen el principio general, así como su nota explicativa) y, en la aplicación práctica de las normas generales (en donde se listan una serie de situaciones específicas, indicando si deben ser reveladas o si justifican la descalificación de un árbitro. Son los denominados listado rojo irrenunciable y renunciable, listado naranja y listado verde).

Dentro de los temas tratados, están el de la revelación del árbitro, concebida como una obligación permanente, destacándose que:

---

respecto a las demás causales de anulación interpuestas por la ONP (sustentada en: i) la décimo segunda disposición complementaria de la Ley de Arbitraje-Decreto Legislativo n.° 1071, así como en ii) el literal d) del numeral 1 del artículo 63 del mismo cuerpo normativo); declarando infundado el recurso de anulación; en consecuencia, válido el laudo arbitral.

- Ante la duda que surjan sobre si este debe revelar algún hecho o circunstancia, deberá resolverse a favor de su revelación (literal c de la nota explicativa sobre la norma general 2).

- La omisión de revelar determinados hechos o circunstancias que pudiesen, en opinión de las partes, dar lugar a dudas sobre la imparcialidad o independencia del árbitro no implica necesariamente que exista un conflicto de interés o que debería proceder a una descalificación (numeral c) de la nota explicativa sobre la norma general 3).

- Es deber del árbitro realizar averiguaciones de manera razonable para identificar la existencia de posibles conflictos de intereses y de hechos o de circunstancias que razonablemente puedan crear dudas acerca de su imparcialidad e independencia. La omisión de revelar un posible conflicto de interés no puede ser excusada por desconocimiento de su existencia, cuando el árbitro no haya realizado las averiguaciones correspondientes de manera razonable (numeral d de la nota explicativa sobre la norma general 6).

- Una recusación posterior presentada sobre la base de que el árbitro no reveló dichos hechos o circunstancias no debe llevar automáticamente a la no designación del árbitro, ni a la descalificación posterior del mismo ni a la nulidad del laudo. El solo hecho de que el árbitro no haya revelado ciertos hechos o circunstancias no implica por sí que el árbitro deba ser calificado de parcial o falto de independencia: ello dependerá solo de los hechos o circunstancias que no se revelaron (numeral 5 de la aplicación práctica de las normas generales).

Considero que estas reglas no se contraponen con lo que hemos señalado en torno a la omisión del deber de revelación en tanto infracción ética; debido a que el estándar para revelar es diferente al estándar para recusar.

8.4.2. Apreciaciones en torno a las acciones que se habilitan ante la omisión al deber de revelación

1. Como ya se ha señalado, *las partes pueden formular recusación* en caso concurran en el árbitro, circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia; y considerando que una de las herramientas que garantizan su cumplimiento es el deber de revelación, la omisión a dicho deber se puede cuestionar vía recusación en dicho contexto.

2. En efecto, el Reglamento de la LCE establece expresamente que los árbitros pueden ser recusados al momento de aceptar el cargo, a causa de incumplir con el deber de informar (revelar) que pudiera generar dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia; o ante cualquier circunstancia sobrevenida.

3. Pues bien, efectuado el procedimiento de recusación, el órgano competente para resolverla deberá determinar si el hecho denunciado como causal es susceptible de generar dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. De ampararse la recusación, se pasa a reconformar el tribunal arbitral, por ende, retorna la confianza en su composición.

4. Considerando que la decisión que se pronuncia sobre la recusación es inimpugnable (así lo establece la LA y los reglamentos de arbitraje), en caso la recusación sea desestimada, la parte recusante solo podrá cuestionar lo decidido mediante el recurso de anulación contra el laudo en el entendido de que el árbitro recusado no ha cumplido con los estándares de independencia e imparcialidad; a cuyo efecto debe adecuar los fundamentos a alguna de las causales de anulación establecidas en el artículo 63 de la Ley de Arbitraje, por ser esta numerus clausus.

5. Dicha adecuación a efectos que se declare la anulación del laudo se materializa, conforme a la LCE, si la composición del árbitro único o del tribunal arbitral o si las actuaciones arbitrales no se han ajustado a lo establecido en la Ley y su reglamento. Así, si tal circunstancia constituyó causal de recusación, para que resulte procedente como causal de anulación, es preciso que se haya formulado oportunamente y, que haya sido desestimada.

6. En caso se anule el laudo arbitral en un arbitraje donde interviene el Estado, cualquiera de las partes está facultada a solicitar (la sustitución o) la recusación del árbitro u árbitros que emitieron el laudo anulado. En dicho supuesto se habilita el plazo para plantear recusación sin admitir norma o pacto en contrario.[82]

7. De otro lado, como ya se ha señalado, también es factible que, a través de una denuncia de parte, o de oficio, se pueda iniciar un procedimiento sancionador por omisión al deber ético de revelación, en tanto esta constituye una infracción al Código de Ética para arbitrajes en contrataciones con el Estado.

8. Cabe recordar que el referido Código de Ética se aplica a los arbitrajes administrados por el OSCE, a los arbitrajes *ad hoc* y, de manera supletoria a aquellos arbitrajes administrados por una Institución Arbitral que no cuente con un Código de Ética o, que, teniendo uno, no contemple los supuestos de infracción o, de sanciones.

---

82 Párrafo incorporado por el *artículo 2 del Decreto de Urgencia n.° 020-2020*, publicado el 24 enero 2020. Sobre esta modificación en la regulación de la Ley de arbitraje y su problemática, se ocupan Carla de los Santos López y Salomé Reynoso Romero, en su artículo titulado «Constitución de un nuevo tribunal como consecuencia de la anulación de un laudo por la afectación del debido proceso: ¿borrón y cuenta nueva?», en Contrataciones con el Estado. Perspectivas desde la práctica del derecho; Mónica Núñez Salas y Andrés Talavera Cano (eds.), 1.ª edición digital noviembre 2021, páginas 161-174.

9. Entonces, de ser el caso que resulte aplicable el Código de Ética para contrataciones con el Estado, ha de considerarse que esta establece que la omisión de cumplir el deber de revelación por parte del árbitro dará la apariencia de parcialidad, sirviendo de base para separar al árbitro del proceso y/o para la tramitación de la sanción respectiva, de ser el caso.

10. Como ya se ha dicho, los supuestos de infracción sancionables por el Consejo de Ética —ente colegiado que determina las infracciones al Código de Ética— se encuentran explicitados en el artículo 254 del Reglamento. Las sanciones están reguladas en el numeral 22.1 de dicho Código.[83]

11. En caso sea de aplicación el Código de Ética de la Institución Arbitral, se debe tramitar el procedimiento sancionador según sus reglas. Vamos a referenciar a tres de ellos:

a) Código de Ética CARC PUCP

Establece que el procedimiento se puede iniciar a pedido de parte, o de oficio. Asimismo, estipula que, salvo el caso de una iniciativa de oficio, el procedimiento de solicitar una sanción para un árbitro constituye una vía excluyente a la recusación o remoción. Esto quiere decir que el pronunciamiento de la Corte de Arbitraje que resuelve la solicitud de sanción no podrá ser utilizada para una recusación basada en los mismos hechos.

---

83 El artículo 22 numeral 22.1 del Código establece, según la gravedad de la falta, la imposición de las sanciones siguientes:
Amonestación escrita.
Suspensión temporal de su derecho para ejercer y ser elegido como árbitro, hasta por 5 años en arbitrajes administrados por el OSCE, arbitrajes ad hoc o arbitrajes institucionales en materia de contrataciones con el Estado.
Inhabilitación permanente para ser elegido y ejercer como árbitro en los arbitrajes administrados por el OSCE, arbitrajes *ad hoc* y arbitrajes institucionales en materia de contrataciones con el Estado.

b) Reglas de Ética de la CCL

Establece que la omisión de revelar situaciones tales como el deber de revelación, no constituye por sí misma una infracción, pero será examinada según la naturaleza de lo omitido.

En su Estatuto, establece que cualquier árbitro que participe en un arbitraje del Centro está sujeto a un procedimiento sancionador (pudiendo iniciarse de parte o, de oficio) por incumplimiento de las funciones y obligaciones que le confieren y determinan los Reglamentos y sus Apéndices; entre los cuales se encuentra el incurrir en conductas contrarias a las Reglas de Ética del Centro.

c) Código de Ética Amcham

Precisa que, en caso de duda sobre revelar o no un hecho o circunstancia, el árbitro deberá optar por revelarlo. No obstante, la omisión de revelar no constituye, por sí misma, una infracción ni descalifica necesariamente al árbitro, debiendo evaluarse la naturaleza e importancia de los hechos o circunstancias no revelados en cada caso para determinar si constituye un conflicto de intereses que impida al árbitro ejercer el cargo.

12. *Las instituciones arbitrales juegan un papel muy necesario en la administración de los arbitrajes*, brindando reglas(reglamentos arbitrales) para la tramitación de los procedimientos arbitrales, tarifarios predeterminados, soporte administrativo-procedimental de las secretarías arbitrales, listado de árbitros depurados, así como órganos autónomos para designación de árbitros, para resolver recusaciones; y como no, también para hacer respetar los principios de independencia e imparcialidad de los árbitros; a cuyo efecto cuentan, generalmente, con un Código de Ética, cuyas disposiciones recogen los deberes éticos, los supuestos de infracción, así como las sanciones a las tales conductas infractoras. En ese contexto todos

los mecanismos de prevención y control que puedan aplicar las instituciones arbitrales resultan imperiosos a fin de contribuir decididamente a que el entorno del Arbitraje sea lo más eficiente y garantista para las partes.

13. Así, dichos órganos decisores de las infracciones y sanciones *deben ponderar la omisión al deber de revelación*, pues se trata de una infracción que, conocida con posterioridad puede ser irremediable al derecho de la(s) parte(s). Reviste, como no, un ocultamiento de información que, resta confianza en las partes y *da una apariencia de parcialidad*, como lo señala el Código de Ética para arbitrajes con el Estado. No debemos olvidar que el árbitro tiene el deber de revelar diligentemente, con rigurosidad y precisión, luego de lo cual las partes analizan el contenido de la información revelada para decidir si dispensan, o en su caso, activan el mecanismo de la recusación. Lo que se hace más latente por el hecho de que de deber de revelar es permanente, por lo que el árbitro designado presenta una declaración de independencia e imparcialidad al aceptar el cargo, incluso, absuelve pedidos de ampliación al deber de revelación que le son formulados y; pese a ello, no revela. Y después se conoce todo, pero no a causa de su revelación. ¿cómo queda el estándar para revelar?

14. Recordemos que la esencia del deber de revelación es evitar cualquier duda sobre su independencia e imparcialidad; consecuentemente, la omisión a dicho deber puede generar el incumplimiento de una correcta composición del tribunal arbitral.

9. CONCLUSIONES

- En nuestro país se ha regulado al Arbitraje como jurisdicción por mandato constitucional, desde la dación de la Constitución Política de 1979 y, aunque no es unánime su reconocimiento como tal; si lo es que constituyen garantías exigibles en el fuero arbitral los principios de la administración de justicia, tales como la independencia en el ejercicio de la función, la observancia a un debido proceso, así como la motivación de las decisiones; donde el árbitro es su garante inexcusable.

- La vigente Ley de Arbitraje - Decreto Legislativo n.º 1071 modificado, así como sus antecesoras regulan, también, el arbitraje del Estado peruano.

- La actual LCE, Ley n.° 30225, ha establecido que los contratos que regula, necesariamente, incluyen la cláusula de solución de controversias (arbitraje), bajo responsabilidad.

- Los árbitros son los directores del procedimiento arbitral, encontrándose sometidos, únicamente, al convenio arbitral, y claro está a la constitución, así como a la ley aplicable a dicho procedimiento.

- Las normas que regulan el deber de revelación (LA-LCE, incluidos los reglamentos de arbitraje de las instituciones arbitrales) no terminan siendo del todo suficientes, pues la ponderación de la información a revelar corre por cuenta únicamente del propio árbitro.

- Los arbitrajes comerciales legitimaron en sus diversas etapas a la confidencialidad como uno de sus elementos característicos; lo que no se ha visto reflejado en su regulación.

- El ámbito subjetivo de la confidencialidad identifica a los sujetos obligados a cumplirla. Y, el ámbito objetivo, comprende a todas las actuaciones arbitrales.

- Los límites a la confidencialidad en el arbitraje se configuran a partir de la divulgación del laudo (judicialización) y con la transparencia del interés público.

- Se puede exceptuar la confidencialidad por acuerdo de partes, por exigencia legal o, cuando una de las partes del arbitraje es el Estado; cediendo ante la publicidad de las actuaciones arbitrales y del laudo, al concluir el proceso arbitral.

- Ni la LA ni la LCE establecen responsabilidades como consecuencia al quebrantamiento de la confidencialidad; debido a que delega tal regulación a las instituciones arbitrales en los arbitrajes administrados y, a las Entidades estatales en los arbitrajes *ad hoc*.

- La inobservancia de la confidencialidad se sanciona conforme a los reglamentos de las instituciones arbitrales, a través de amonestación escrita, suspensión, temporal o definitiva de la Nómina de Árbitros del Centro.

- Todo árbitro debe ser, y permanecer, independiente e imparcial desde su designación y hasta que concluya el Arbitraje, siendo el deber de informar (revelar) una herramienta muy útil para garantizar dichos principios.

- El deber de revelación es *el deber ético de informar cualquier hecho o circunstancia que pueda provocar* duda justificada sobre la independencia e imparcialidad del árbitro respecto de las partes. La información a revelar debe ser, cuando menos, oportuna, precisa y clara.

- El deber de revelación contribuye a reducir la asimetría de información existente entre árbitros y partes, constituyéndose en un mecanismo de control; no obstante, debido a los diferentes estándares de revelación, se dificulta su cumplimiento.

- El perfeccionamiento del deber de revelación no resulta suficiente para encarar la falta de independencia e imparcialidad en los árbitros; en cuya virtud, la publicidad resulta una herramienta útil.

- El objeto de la revelación es identificar posibles conflictos de intereses en las relaciones de los árbitros con las partes, sus representantes o abogado. Se debe revelar todo aquello que pueda tener una vinculación con el arbitraje.

- Al estar intrínsecamente vinculado a una actuación independiente e imparcial de los árbitros, el deber de revelación reviste mayor intensidad y gravedad que el deber de confidencialidad, por lo cual este no se puede oponer a aquel.

- Ni LA ni la LCE establecen algún efecto ante la no revelación, en su caso, algunos reglamentos arbitrales, tampoco.

- El deber de revelación se encuentra regulado en la Ley de Arbitraje, en la Ley de Contrataciones del Estado, así como en los reglamentos de las Instituciones Arbitrales; sin embargo, estos, prácticamente, no regulan los efectos y consecuencias jurídicas ante la no revelación de los árbitros; dejándose reservado, en algunos casos, dicha regulación para los códigos de ética.

- El Reglamento de la LCE regula los supuestos de infracción sancionables por el Código de Ética y, resulta aplicable a los arbitrajes administrados por el OSCE, Ad Hoc, y de manera supletoria a los arbitrajes administrados por instituciones arbitrales que no

tengan aprobado un Código de Ética o que, teniendo uno, no establezca la infracción cometida por el árbitro o no establezca la sanción aplicable.

- En arbitrajes administrados por el OSCE, la omisión del deber de revelar del árbitro tiene como efecto el dar apariencia de parcialidad.

- Existe normativa que establece la obligatoriedad de la presentación de la Declaración Jurada de Intereses (DJI) por parte de los árbitros que participan en arbitrajes que involucran al Estado; la cual se constituye requisito para la aceptación de designación como árbitros. Así, una de las conductas infractoras es el omitir información que deba constar o consignar, información falsa o inexacta, tardía o incompleta, en la DJI o de no tener conflicto de intereses.

- Conforme a la jurisprudencia reseñada, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema afirma que, para la configuración de una falta al deber de información —pasible de provocar la anulación del laudo arbitral—, se requiere que dicha omisión sea relevante o trascendental y que afecte por tanto la buena marcha del proceso arbitral. Sin embargo, al no haber esgrimido las razones de dicha afirmación, que la llevan a concluir que no se han vulnerado los principios de imparcialidad e independencia, no queda claro porque los hechos que no fueron revelados, a su entender, no son relevantes o trascendentales.

- Para la Corte Suprema no se vio afectado el derecho de las partes de contar con un tribunal arbitral acorde a lo pactado entre ellas y, en consecuencia, el tribunal arbitral que resolvió la controversia estaba bien constituido.

- La Corte Suprema no analiza cuál es el alcance del referido Código de Ética en cuanto señala que tal omisión dará la apariencia de parcialidad, sirviendo de base para separar al árbitro del proceso y/o para la tramitación de la sanción respectiva, de ser el caso.

- Las partes pueden formular recusación en caso concurran en el árbitro, circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia; y considerando que una de las herramientas que garantizan su cumplimiento es el deber de revelación, la omisión a dicho deber se puede cuestionar vía recusación en dicho contexto.

- De ampararse la recusación, se pasa a reconformar el tribunal arbitral, por ende, retorna la confianza en su composición. Lo decidido en el incidente de recusación es inimpugnable. En caso la recusación sea desestimada, la parte recusante solo podrá cuestionar lo decidido mediante el recurso de anulación contra el laudo; a cuyo efecto debe adecuar los fundamentos a alguna de las causales de anulación establecidas en la Ley de Arbitraje.

- También es factible que, a través de una denuncia de parte, o de oficio, se pueda iniciar un procedimiento sancionador por omisión al deber ético de revelación, en tanto esta constituye una infracción al Código de Ética para arbitrajes en contrataciones con el Estado.

- En caso sea de aplicación el Código de Ética de la Institución Arbitral, se debe tramitar el procedimiento sancionador según sus reglas.

- Las instituciones arbitrales juegan un papel muy necesario en la administración de los arbitrajes y, también, para hacer respetar los principios de independencia e imparcialidad de los árbitros; a

cuyo efecto cuentan, generalmente, con un Código de Ética, cuyas disposiciones recogen los deberes éticos, los supuestos de infracción, así como las sanciones a las tales conductas infractoras. En ese contexto todos los mecanismos de prevención y control que puedan aplicar las instituciones arbitrales resultan imperiosos a fin de contribuir decididamente a que el entorno del arbitraje sea lo más eficiente y garantista para las partes.

- Los órganos decisores de las infracciones y sanciones deben ponderar la omisión al deber de revelación, considerando que el árbitro tiene y mantiene ese deber en forma permanente a fin de revelar diligentemente, con rigurosidad y precisión. Por ende, deben efectivizarse los códigos de ética al comprobarse el incumplimiento al deber ético de la revelación.

10. BIBLIOGRAFÍA

CAIVANO, Roque J. «Criterios para la designación de árbitros», pronunciada en el Octavo Congreso Internacional de Arbitraje-Lima 2014 (mesa n.° 4), publicada en el volumen 39 de la *Biblioteca de Arbitraje* del Estudio Mario Castillo Freyre.

CAIVANO, Roque J. En su ponencia pronunciada en el Segundo Congreso Internacional de Arbitraje de la Asociación Zambrano. Cusco, 2014, cuyo tema «Confidencialidad y transparencia en arbitrajes con partes estatales», fue publicado en el volumen 36 de la *Biblioteca de Arbitraje* del Estudio Mario Castillo Freyre.

CAIVANO, Roque J. Ponencia «¿Hacer o no hacer? Analizando los deberes de los árbitros», pronunciada en el XII Congreso Internacional de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2018 (mesa 4), publicada en el volumen 73 de la *Biblioteca de Arbitraje* del Estudio Mario Castillo Freyre.

CASTILLO FREYRE, Mario. «Problemática en torno a la designación reiterada de árbitros, ponencia efectuada en el Décimo Congreso Internacional de Arbitraje». Lima, 2016 (mesa 9), publicado en el volumen 41 de la *Biblioteca de Arbitraje* del Estudio Mario Castillo Freyre.

CASTILLO FREYRE, Mario, Ricardo VÁSQUEZ KUNZE y Rita SABROSO MINAYA. «¿Lo recusamos o no lo recusamos? Conflictos de interés en el arbitraje del Estado, arbitraje y debido proceso. *Biblioteca de Arbitraje* (volumen II). Lima: Palestra-Estudio Mario Castillo Freyre, 2007.

CASTILLO FREYRE, Mario Rita SABROSO MINAYA, Laura CASTRO ZAPATA y Jhoel CHIPANA CATALÁN. En *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (primera y segunda Parte), 2014, volumen 25 de la *Biblioteca de Arbitraje* del Estudio Mario Castillo Freyre, tomo 1.

CASTRO ZAPATA, Laura. «Concepto, Contenido y formalidades del convenio arbitral», 2017, publicado en el volumen 52 de la *Biblioteca de Arbitraje* del Estudio Mario Castillo Freyre.

CHIPANA CATALÁN, Jhoel . Ponencia pronunciada en el II Congreso Nacional de Contrataciones Estatales y Arbitraje. Lima, 2016, con el tema «Mesa redonda: Los árbitros y el deber de revelación», publicada en el volumen 64 de la *Biblioteca de Arbitraje* del Estudio Mario Castillo Freyre.

DE LOS SANTOS LÓPEZ, Carla y Salomé REYNOSO ROMERO, en su artículo titulado «Constitución de un nuevo tribunal como consecuencia de la anulación de un laudo por la afectación del debido proceso: ¿borrón y cuenta nueva?». *Contrataciones con el Estado. Perspectivas desde la práctica del derecho*. Mónica Núñez Salas y Andrés Talavera Cano (eds.), 1.ª edición digital noviembre 2021, pp. 161-174.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «La publicidad en el Arbitraje». *Ius et Veritas*, año 2007 n.° 35. Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12284>.

GUERINONI ROMERO, Pierina Mariela. «Arbitraje del Estado: ¿*Ad-hoc* o Institucional?». En *Revista Arbitraje PUCP*, año III, n.° 9 de setiembre de 2011.

GUERINONI ROMERO, Pierina Mariela. «Décimo Congreso Internacional de Arbitraje». Lima, 2016 (mesa 2), cuyo tema era «(2) Supuestos de infracción ética de los árbitros en la Ley n.° 30225», publicado en el volumen 41 de la *Biblioteca de Arbitraje* del Estudio Mario Castillo Freyre.

GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA, César. «Décimo Congreso Internacional de Arbitraje». Lima, 2016, cuyo tema era «Supuestos de infracción ética de los árbitros en la Ley n.° 30225» (mesa 2), publicado en el volumen 41 de la *Biblioteca de Arbitraje* del Estudio Mario Castillo Freyre.

JUÁREZ JURADO, Eder. «Teoría del arbitraje y los fundamentos de su constitucionalización y del control constitucional». Lima, 2019, publicado en el volumen 72 de la *Biblioteca de Arbitraje* del Estudio Mario Castillo Freyre.

MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. «La independencia e imparcialidad del árbitro». San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2009.
PUGLIANINI GUERRA, Luis. «La relación partes-árbitro», publicada en el volumen 19 de la *Biblioteca de Arbitraje* del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima, 2012.

RIVAS CASO, Gino. «El laudo arbitral». Capítulo IV del Manual de Arbitraje en Contratación Pública. Lima, 2019, 2.ª parte, publicado en el volumen 71 de la *Biblioteca de Arbitraje* del Estudio Mario Castillo Freyre.

SANTISTEBAN DE NORIEGA, Jorge. *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima, 2011, Instituto Peruano de Arbitraje, tomo I, referido al art. 4 de la Ley de Arbitraje.

SERVÁN EYZAGUIRRE, Nicolás. «Armonizando tensiones: la necesidad de transparencia en el arbitraje sin destruir la confidencialidad», publicado en *Forseti*. Lima, 2020, volumen 8, n.° 12, ver p. 55 (pp. 44-68).

SIMONS PINO, Adrián. «Desde una perspectiva de la jurisprudencia. El deber de revelación y la anulación de laudos». Diario oficial *El Peruano*, «Sección Jurídica». Recuperado de <https://elperuano.pe/suplementosflipping/juridica/713/web/pagina03.html>.

TABOADA MIER, José Carlos. «Para ti nada es suficiente. Propuesta para una correcta revisión de la motivación en el recurso de anulación». Lima, 2019, publicada en el volumen 68 de la *Biblioteca de Arbitraje* del Estudio Mario Castillo Freyre.

ZÚÑIGA MARAVÍ, Rigoberto. «La eficacia del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias empresariales a la luz de la teoría contractual y la teoría jurisdiccional sobre su naturaleza jurídica», publicado en el volumen 69 de la *Biblioteca de Arbitraje* del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima, 2019.

REFLEXIONES SOBRE ALGUNOS PROBLEMAS PRESENTADOS EN LA EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES

Sandra Montes Gózar *

Sumario: 1. Introducción.— 2. La ejecución del laudo en la vía arbitral.— 3. La ejecución del laudo en la vía judicial.— 3.1. ¿Es necesario declarar el consentimiento del laudo para su ejecución?— 3.2. El cumplimiento de los requisitos procesales.— 3.3. La importancia de la determinación de los costos del proceso.— 3.4. La motivación como causal de anulación de laudo arbitral.— 4. La necesidad de emitir laudos de calidad.

1. INTRODUCCIÓN

Hace algunos años, dentro de mis labores como secretaria arbitral, recibí la llamada de la parte vencedora de un proceso a mi cargo. Se encontraba sumamente consternada. Su contraparte no había cumplido con lo ordenado, y no entendía por qué, luego de la emisión de un laudo favorable, debía iniciar otro proceso para ejecutar la decisión del tribunal arbitral.

* Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Máster en Administración y Gestión Pública por la Universidad San Martín de Porres y EUCIM Business School. Socia del Club Español de Arbitraje. Secretaria Arbitral del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

Aunque todos aquí somos entendidos de las etapas del proceso, sus condiciones y tiempos (y podríamos tildar de inocente al autor de la llamada); la preocupación de esta inexperta parte no deja de ser, en el fondo, válida. Nadie quiere un laudo arbitral favorable para solo enmarcarlo como trofeo en honor a su victoria. Inicias un proceso arbitral porque necesitas que tu contraparte dé, haga o deje de hacer algo determinado por corresponderte, conforme a derecho. Y requieres que esta decisión sea ejecutada a la brevedad.

La figura jurídica de la ejecución de laudo arbitral ya ha sido ampliamente abordada por la doctrina nacional y extranjera. No es objeto del presente artículo detallar los trámites de ejecución de laudos en la vía arbitral o judicial. Somos conscientes de que, de una u otra forma, ante la negativa de la parte perdedora de cumplir con lo requerido en el laudo, aún queda un largo camino por recorrer.

No podemos acortar el camino (al menos, no sin una reforma legislativa), pero sí ayudar a que este pueda ser recorrido más rápidamente o sin tropiezos. Estos apuntes están dirigidos, justamente, a dilucidar algunas situaciones que, en la práctica, generan demoras o trabas en la ejecución de los laudos arbitrales para brindar algunas respuestas y, quizá, posibles soluciones.

2. LA EJECUCIÓN DEL LAUDO EN LA VÍA ARBITRAL

El Decreto Legislativo n.° 1071 (en adelante, «Ley de Arbitraje») prevé, en su artículo 67, la posibilidad de que el laudo sea ejecutado en la vía arbitral. Dice expresamente:

> 1. A solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable.

> 2. Se exceptúa de lo dispuesto en el numeral anterior, el caso en el cual, a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir de la fuerza pública. En este caso, cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la parte interesada, a costo de esta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución.

Podemos advertir que son dos las situaciones que hacen posible la ejecución del laudo en la vía arbitral:

i. Existencia de un acuerdo entre las partes.

ii. Pese a no existir un acuerdo entre las partes, que la ejecución esté prevista en el reglamento aplicable.

Pero estas situaciones necesitan, además de la voluntad del tribunal arbitral, de la fuerza pública. Si, a su sola discreción, el tribunal considera que para ejecutar el laudo requiere de la fuerza pública, puede declarar el cese de sus funciones sin incurrir en responsabilidad.

Cuando la ley de arbitraje se refiere a un acuerdo entre las partes, pensamos en el convenio arbitral. En efecto, es en el convenio donde encontramos todas las particularidades del proceso, de conformidad con la voluntad de las partes. Curiosamente, encontrar en el convenio la posibilidad de ejecutar el laudo en la vía arbitral, no es tan común como uno pensaría.

De un pequeño muestreo de los 178 casos en los que he participado desde el año 2017 a la fecha, solo cinco tenían previstos en el convenio, el acuerdo de ejecución arbitral; y este no fue utilizado por las partes. Por el contrario, en todos los casos donde recibí solicitudes de ejecución arbitral, ninguno tenía un previo acuerdo de las partes.

De cinco solicitudes de ejecución de laudo en la vía arbitral que recibí durante el periodo 2019-2021, solo una fue aceptada. En la mayoría de estos casos, el tribunal arbitral tomó como criterio (meramente subjetivo) a considerar, no solo la eventual necesidad del uso de la fuerza pública, sino la falta de acuerdo de las partes.

Si nos ponemos a analizar la situación, los árbitros no tienen incentivos económicos reales para tramitar la ejecución de un laudo en la vía arbitral. Sus honorarios ya fueron cancelados a la emisión del laudo y, en caso de aceptar la ejecución, deben continuar con el trámite sin el pago de un honorario adicional.

Distinto sería el escenario si es que, antes de aceptar el cargo, los árbitros supieran que existe un acuerdo de ejecución arbitral de las partes plasmado en el convenio. Así, sabrían que sus honorarios incluyen la posibilidad de ejecutar el laudo en la vía arbitral (posibilidad mayor a la derivada solo de lo previsto en el reglamento aplicable); y el análisis discrecional para aceptar la ejecución arbitral recaería, exclusivamente, en determinar si, se requerirá o no, el apoyo de la fuerza pública.

La redacción del convenio arbitral no es el único momento en que las partes pueden ponerse de acuerdo con la ejecución del laudo en la vía arbitral. Las partes pueden adoptar esta modificación durante todo el proceso; sin embargo, será más fácil llegar un acuerdo al inicio de este, junto con la determinación de las reglas del caso concreto.

3. LA EJECUCIÓN DEL LAUDO EN LA VÍA JUDICIAL

3.1. ¿Es necesario declarar el consentimiento del laudo para su ejecución?

En la práctica judicial, es casi una regla implícita esperar, luego de la sentencia, aquella resolución que la declare «consentida». Es más, son las propias partes quienes solicitan al juez dicha declaración, como un

requisito indispensable para entender que la sentencia se encuentra lista para ser ejecutada. Independientemente de considerar esta práctica de por más dilatoria (pues, en el fondo, la declaración de «consentimiento» no es constitutiva), debemos entender que no puede ser replicada en el proceso arbitral.

No son pocas las veces que los juzgados comerciales han declarado la inadmisibilidad de una demanda de ejecución de laudo arbitral por no haberse emitido la resolución que declara consentido el laudo. Existen partes y hasta árbitros que consideran necesaria la emisión de esta resolución, pero ¿es esto viable?

El artículo 59 de la Ley de Arbitraje[1] prevé que el laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes, produciendo efectos de cosa juzgada. En otras palabras, un laudo se entiende como «ejecutable» desde su notificación.

Coincidimos con Cavani y Vergel cuando indican que:

> No hay, pues, ningún tipo de firmeza sobrevenida que pueda recaer dependiendo del comportamiento comisivo u omisivo de las partes. La firmeza es contemporánea al propio laudo […] la firmeza no se da «luego» que se resuelvan los sucedáneos recusarles. ¿Por qué? Porque, tal como su denominación lo indica, ninguno de estos pedidos puede traer como consecuencia una alteración respecto del sentido de la decisión ni tampoco presupone una revisión de esta. Cuando el art. 59 dice que el laudo es definitivo está aludiendo precisamente a que las decisiones adoptadas

[1] Artículo 59.- «Efectos del laudo.
1. Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.
2. El laudo produce efectos de cosa juzgada.
3. Si la parte obligada no cumple con lo ordenado por el laudo, en la forma y en los plazos establecidos, o en su defecto, dentro de los quince (15) días de notificada con el laudo o con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del laudo, cuando corresponda; la parte interesada podrá pedir la ejecución del laudo a la autoridad judicial competente, salvo que resulte aplicable el artículo 67».

> ya no pueden ser objeto de impugnación dentro del proceso arbitral, con cualquiera de sus consecuencias posibles: revocación o anulación.[2]

El artículo 60 de la Ley de Arbitraje es claro al indicar que el tribunal arbitral cesa en sus funciones con el laudo por el cual se resuelve definitivamente la controversia y, en su caso, con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del laudo, sin perjuicio de lo establecido en artículo 67, referido a la ejecución arbitral.

En efecto, el tribunal arbitral, a su entera discreción, puede disponer o efectuar actos de ejecución que importen requerimientos de cumplimiento del laudo, siempre que haya existido un acuerdo de parte o se encuentre previsto en el reglamento aplicable, como ya se ha explicado previamente.

La ley de arbitraje establece, en igual sentido, que la rectificación, interpretación, integración y exclusión formará parte del laudo y sobre esta decisión no procede reconsideración alguna. Si el tribunal arbitral no se pronuncia acerca de la rectificación, interpretación, integración y exclusión solicitadas dentro del plazo pactado por las partes, establecido en el reglamento arbitral aplicable; o, en su defecto, determinado por la propia Ley de Arbitraje, se considerará que la solicitud ha sido denegada. No surtirá efecto cualquier decisión sobre rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo que sea notificada fuera de plazo.

Consiguientemente, el tribunal arbitral termina su misión con la expedición del laudo; y, de ser el caso, con las decisiones sobre el mismo que -tal como señala la Ley de Arbitraje- forman parte integrante del laudo.

---

[2] CAVANI, Renzo y Alessando VERGEL. Consentimiento del laudo arbitral para su ejecución: una peligrosa *praxis* judicial, 7 septiembre de 2018, de EnfoqueDerecho.com. Recuperado de <https://www.enfoquederecho.com/2018/09/07/consentimiento-del-laudo-arbitral-para-su-ejecucion-una-peligrosa-praxis-judicial/#_ftn8>.

Habiendo ya cesado el tribunal arbitral en sus funciones, carece de sentido la emisión de una resolución que declare consentido el laudo, pues -implícitamente- daría a entender que sus funciones se extendieron hasta la emisión de la referida resolución, contraviniendo de forma directa lo previsto por el artículo 60 de la Ley de Arbitraje.

3.2. El cumplimiento de los requisitos procesales

La ejecución tiene como finalidad la satisfacción del derecho subjetivo del ejecutante. Para lo cual, resulta indispensable que este derecho, en sí mismo, dé certeza de su existencia. No existe ejecución sin título y, en el Perú, es título ejecutivo todo aquel que la ley dice que lo es, o como bien indica Montero Aroca: los títulos ejecutivos (en su acepción documental) son «los que el legislador quiere que sean».[3]

El artículo 688 del Código Procesal Civil (en adelante, «CPC») señala, expresamente, que «solo se puede promover ejecución en virtud de títulos ejecutivos de naturaleza judicial o extrajudicial según sea el caso». Resultaría lógico pensar, en este punto, que, como bien indica Ariano, «para entrar a la ejecución se requiere de un título, concebido como condición necesaria y suficiente para iniciar y proseguir la ejecución hasta su meta».[4] Y es que se entiende que al ser el título ejecutivo el punto de origen, requisito indispensable del proceso de ejecución, y el nexo que une el interés del ejecutante con su final satisfacción, este debería ser un documento con una certeza indubitable.

En cuanto a la ejecución de laudos arbitrales, el artículo 68, inciso 2 de la Ley de Arbitraje precisa que la autoridad judicial, por el solo mérito de la presentación de la copia del laudo, sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones y, de ser el caso, actuaciones de ejecución forzada

---

3 MONTERO AROCA, Juan y José FLORS MATÍES. «El título ejecutivo en general». En *Tratado de proceso de ejecución Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 91.

4 ARIANO DEHO, Eugenia. «Disposiciones complementarias». Décimo primera. Vía Ejecutiva». En Soto Coaguila, Carlos y Alfredo Bullard González (coords.). *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2013, p. 125.

por el tribunal arbitral, dictará mandato de ejecución para que la parte ejecutada cumpla con la obligación.

En esta misma línea, el artículo 68, inciso 3 de la referida le señala, como causal de oposición, la acreditación del cumplimiento de la obligación o la suspensión derivada de la interposición del recurso de anulación. Del mismo modo, la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje, reafirma que la ejecución de laudo puede ser suspendida, «*siempre que* se acredite el pago de la obligación o la declaración de suspensión de la Corte Superior que conoce del recurso de anulación».[5]

Las precisiones antes mencionadas no son azarosas; y es que el legislador ha sido claro en señalar que el laudo arbitral (en realidad, la copia del laudo como documento) no requiere mayor cualidad que su propia existencia para, no solo dar inicio al proceso de ejecución, sino obtener el mandato que contenga la orden de satisfacción. Aunque resulta cuestionable que no exista especificación alguna sobre las características de certificación que deba contener la copia del laudo (no podemos pretender que la copia del laudo no pueda ser alterada); lo cierto es que se entiende que el laudo arbitral es suficiente para sustentar la ejecución.

Y es que, teniendo ante nosotros un acto jurisdiccional (reconocido así, constitucionalmente),[6] los términos de la obligación, definidos por el tribunal arbitral no deberían poder ser «revisados» por el Poder Judicial. Indicar lo contrario, implicaría ir en contra de la naturaleza del laudo arbitral y de la propia ley especial.

Es importante resaltar que el rol de la intervención judicial, en estos casos, no es la emisión de una sentencia ni la revisión de la actividad

---

5 Presidencia del Consejo de Ministros. Oficio n.° 650-2008-DP/SCM. Lima, 24 de noviembre de 2008.

6 Tribunal Constitucional. Expediente n.° 6167-2005-PHC/TC. Sentencia: 28 de febrero de 2006.

realizada en el proceso arbitral, sino, simplemente, de brindar un complemento que consiste en proveer a las decisiones arbitrales de la fuerza compulsiva de la que carecen, en tanto ha sido reservada al Estado.[7]

En efecto, el juez que conoce un proceso de ejecución de laudo no tiene facultad ni competencia alguna para revisar el análisis de los hechos efectuados por el árbitro ni lo resuelto por este.[8] Por lo que el juzgador no debería revisar nuevamente el cumplimiento de los requisitos de la obligación, en tanto, el árbitro ya emitió un pronunciamiento y analizó dichos aspectos en el laudo arbitral.

En la misma línea, Ana Arrarte, señala que el juez debe analizar los aspectos netamente formales del laudo, esto es, si constituye, efectivamente, un título de ejecución. Para ello, será necesario que constate, de oficio, o mediando una oposición de parte, que: i) el laudo sea firme, lo que implica que no esté siendo materia de cuestionamiento ante una autoridad arbitral, vía recurso de apelación —en los casos en que así haya sido pactado—, o ante una autoridad judicial, vía recurso de anulación; y ii) que el laudo sea ejecutable, esto es, que haya adquirido la calidad de consentido —es decir que haya transcurrido el plazo previsto para impugnar sin que ello se suscita—, o ejecutoriado; esto es, que habiendo sido impugnado, se determinó su validez.[9]

Al respecto, el 4 y 6 de julio del 2015, se llevó a cabo el Primer Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial 2015, que tuvo como segundo tema el

---

7 CAIVANO, Roque. *El arbitraje*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, p. 241. Citado en ARRARTE ARISNABARREETA, Ana. «De la interrelación a la interferencia del Poder Judicial en los procesos arbitrales: Límites de su actuación». *Thémis*. Lima, 2007, n.° 57, pp. 91-104.

8 VIDAL RAMOS, Roger. «Alcances de la ejecución del laudo arbitral». *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*. Lima, 2017, n.° 11, pp. 84-98.

9 ARRARTE ARISNABARRETA, Ana. «Apuntes sobre la ejecución de laudos arbitrales y su eficacia a propósito de la intervención judicial». En *Portal de Información y Opinión Legal*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 1-26. Consulta: 20 de noviembre de 2020. Recuperado de <http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art66.PDF>.

«Laudo como título ejecutivo», planteando como cuestionamiento central si en un proceso de ejecución de laudo debe el juzgador apreciar, al calificar la demanda, el cumplimiento del artículo 689 del CPC; y si puede la parte ejecutada basar su defensa alegando el incumplimiento de los requisitos establecidos en el referido artículo, aun cuando ello no constituya —formalmente— causal de oposición prevista en el artículo 68, inciso 3 de la Ley de Arbitraje.

El Pleno reconoció por unanimidad que el incumplimiento de los requisitos del artículo 689 del CPC no son, formalmente, causal de oposición de acuerdo con los términos de la Ley de Arbitraje; sin embargo, incluye este supuesto, bajo la justificación de que dicha revisión es parte del ejercicio de su propia competencia para definir la legalidad de su actuación, siendo una obligación que puede ser fijada de forma incierta o inexigible y no aparejar ejecución.

Somos de la opinión que acceder a dicha interpretación, podría no solo desnaturalizar al título ejecutivo, sino, también, al propio proceso de ejecución. El juez no «protege» a las partes (como intentaría explicar en sus motivos), sino que entrampa el proceso, de tal forma que la satisfacción del derecho del ejecutante tiene ahora un nuevo obstáculo.

Ahora bien, los laudos pueden presentar defectos que dificulten su ejecución, pero para advertir y subsanar ello, la Ley de Arbitraje otorga a las partes y a los propios árbitros, los recursos de rectificación, interpretación, integración y exclusión de laudo. Esta es la oportunidad para que cualquier supuesto de imprecisión, incertidumbre, inexigibilidad y/o falta de liquidación, quede saneado.

Si las propias partes que prefirieron, voluntariamente, optar por la jurisdicción arbitral antes que la judicial (y quienes ejecutarán o cumplirán, según el caso, la obligación contenida en el laudo) consideran que las prestaciones están bien definidas en el laudo, ¿por qué el juez debería decidir lo contrario?

Por lo que, si una parte invoca en su defensa el no cumplimiento de los requisitos del artículo 689 del CPC, pese a que no presentó recurso contra laudo alguno, ¿no sería acaso un supuesto de recurso que «entorpece la ejecución de laudo», expresamente prohibido por la Ley de Arbitraje?

Las consecuencias de amparar lo indicado por el Pleno resultarían riesgosas; y es que en el supuesto de que se admita la alegación de la parte ejecutada de que no se han cumplido con los requisitos del 689 del CPC, ¿qué debe hacer el ejecutante, aquel que «ganó» el proceso? Volver a los árbitros no es una opción.

El artículo 60.1 de la Ley de Arbitraje es claro en señalar que: «Las actuaciones arbitrales terminarán y el tribunal arbitral cesará en sus funciones con el laudo por el que se resuelva definitivamente la controversia y, en su caso, con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del laudo».

¿Qué sucede en la práctica? Aunque el laudo debería tener todas las características que permitan su ejecución inmediata, lo cierto es que muchos de estos son emitidos sin tomar en cuenta los requisitos mínimos que permiten su ejecución, pese al esfuerzo de algunas instituciones arbitrales de brindar lineamientos respecto al contenido que debe tener un laudo arbitral.

Si bien no nos encontramos de acuerdo del todo con la posición judicial con respecto a la admisión de una defensa del ejecutado que se base en el incumplimiento de los requisitos del CPC, por las razones antes expuestas, esta resulta, en cierto modo, comprensible, teniendo en cuenta que muchas veces los jueces hacen frente a laudos que no ostentan la calidad requerida.

Como ejemplo, si tenemos un fallo ambiguo no va a ser el juez ejecutor quien lo interprete: si las partes no pidieron oportunamente la interpretación del laudo al tribunal arbitral, tenemos un laudo que no constituye título ejecutivo porque no contiene todos los elementos exigidos por el artículo 689 del CPC, los cuales no son arbitrarios. Se exige certeza, porque no debe haber duda de quién es el acreedor y quién el deudor. La prestación debe estar expresamente establecida porque, justamente, no hay nada que interpretar, y nos determina el tipo de ejecución a llevar a cabo.

El esfuerzo conjunto de tantos árbitros, usuarios e instituciones arbitrales debe estar dirigido a la emisión de laudos de calidad, cuya ejecución no se entrampe en el primer peldaño del proceso ejecutivo.

3.3. La importancia de la determinación de los costos del proceso

Como un ejemplo de lo antes indicado, observamos el tema referido a la determinación de las costas y costos del proceso en el laudo arbitral.

De acuerdo con el artículo 56(2) de la Ley de Arbitraje, «El tribunal arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo establecido en el artículo 73».[10]

Casi en la totalidad de casos, los tribunales solo colocan, de forma expresa, los costos referidos a los honorarios y tasas de la institución arbitral administradora (u honorarios del secretario *ad-hoc*), omitiendo indicar la suma correspondiente a los costos de defensa (honorarios de abogados u otros profesionales encargados de la defensa de las partes,

[10] Artículo 73 de la Ley de Arbitraje: «1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso».

gastos de gestión y/o trámite). Esta información difícilmente se encuentra en el expediente.

Al momento de solicitar la ejecución, se presenta el problema de determinar cuál es la suma correspondiente a los costos de defensa. Al judicializar la ejecución, la falta de determinación de la suma por gastos de defensa produce una demora innecesaria, pues las partes deben acreditar ante el juez, cuáles fueron los gastos en los que incurrieron (liquidar la obligación).

En la práctica internacional, los árbitros solicitan antes del cierre de instrucción que las partes declaren y acrediten los costos arbitrales incurridos, de ese modo, en el laudo arbitral, se pronunciarán sobre cifras determinadas, lo que permitirá una ejecución más célere. Si bien el CPC nos pide una cifra «líquida o liquidable», lo cierto es que podemos avanzar gran parte del camino si optamos por la primera opción.

3.4. La motivación como causal de anulación de laudo arbitral

El artículo 66 de la Ley de Arbitraje indica que la interposición del recurso de anulación no suspende la obligación de cumplimiento del laudo ni su ejecución arbitral o judicial, salvo cuando la parte que impugna el laudo solicite la suspensión y cumpla con el requisito de la garantía acordada por las partes o las establecidas en el reglamento aplicable.

Pese a lo indicado, es pues la anulación una de las causales más comunes del retraso en la ejecución de laudo arbitral. Como es de amplio conocimiento (y así lo indica, expresamente, el artículo 59 de la Ley de Arbitraje), todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes, produciendo efectos de cosa juzgada.

Pese a ello, y con el objetivo de tutelar aquellos extremos que el legislador ha considerado mínimos e indispensables para que la decisión

arbitral posea validez, el artículo 62 de la Ley de Arbitraje instituye el recurso de anulación como «la única vía de impugnación del laudo y tiene por efecto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas...».

En otras palabras, la Ley de Arbitraje establece que el laudo se deberá anular solo en casos específicos recogidos expresamente por dicha norma, limitando su actuación, casi únicamente, a la revisión de aspectos formales que pueden ser de dos tipos: aquellos que buscan determinar si lo pactado y/o su ejecución fueron afines con la ley; y aquellos que buscan determinar que la actuación se hizo de acuerdo con lo pactado en el convenio arbitral.

En ninguna de tales causales se encuentra, sin embargo, la afectación a una motivación «debida» o «válida». Al menos, no, de forma expresa.

Curiosamente, al año 2017, más del 60% de las demandas de anulación de laudos procedentes tenían como sustento la motivación indebida.[11] En esa misma línea, la data del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima al 2020,[12] nos muestra que:

- Número de oficios judiciales que informan la anulación de laudos por año.

    - 2021: 0
    - 2020: 5
    - 2019: 10
    - 2018: 3

---

11 RIVAS, Gino. La Anulación del Laudo por su motivación en el Perú – cómo hacer frente a una Vía Distorsionada. *Thémis*, 2017, (72), pp. 225-234. Recuperado de <https://doi.org/10.18800/themis.201702.013>.

12 VENTURA SILVA, Marianella. *Anulación de laudo por defectos de motivación* [Sesión de conferencia] I Jornada Internacional de Arbitraje organizada por Asociación *Ius et Veritas*, 6 de julio de 2021.

- De esos 18 casos, 11 son casos con el Estado y 7 entre particulares.

- De esos 18 casos, 10 fueron anulados por falta o defecto de motivación, y 8 por otras causales.

Cabe preguntarse, entonces, de dónde proviene un número tan considerable de casos anulados por dicha causal; y, en todo caso, cuál es el fundamento de las partes que lo invocan.

Son tres los caminos que las partes utilizan para fundamentar su pedido de anulación por indebida motivación: los literales b), c) y d) del numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje.

¿Qué indican dichos artículos?

> Artículo 63.- «Causales de anulación
>
> 1. El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:
>
> […]
>
> b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, *o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos*.
>
> c. Que la composición del tribunal 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.
>
> d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre *materias no sometidas a su decisión*».

a) La invocación al numeral 63.1.b) se sustenta en el «no ejercicio» del derecho al debido proceso.

   El razonamiento es el siguiente: El arbitraje es entendido constitucionalmente como una jurisdicción; como tal le corresponden los principios y garantías del artículo 139 de la Constitución, dentro de los cuales se encuentran el derecho de defensa, la observancia de un debido proceso y el de la motivación de las resoluciones.

b) La invocación al numeral 63.1.c) se sustenta en el acuerdo de las partes en que las decisiones deban ser motivadas.

   En el Perú, el artículo 56.2 de la L.A. indica que el laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido lo contrario. La L.A. no dice que el laudo deba estar «debidamente motivado»; sin embargo, muchas partes realizan esta interpretación extensiva a fin de sustentar su pedido de anulación.

c) La invocación al numeral 63.1.d) se sustenta en la prohibición de que el tribunal arbitral emita un fallo *extra petita*.

La decisión de someterse a arbitral es una manifestación de que las partes no buscan la participación del Poder Judicial. Recurren a arbitraje porque buscan una solución rápida a sus conflictos.

La limitación del recurso de anulación, de modo que no puede cuestionarse el fondo de lo resuelto por los árbitros -salvo muy reducidas excepciones bajo criterios constitucionales- promueve la efectividad material del laudo y reduce mucho las posibilidades de intervención del Poder Judicial.

El recurso de anulación de laudo arbitral es un mecanismo de control, pero no debe ser usado indiscriminadamente. El problema radica

en que hay muchos casos donde la parte perdedora utiliza el recurso de anulación, no solo como con un mecanismo para dejar sin efecto el laudo, sino también para retrasar así la solución definitiva del conflicto; y, por tanto, la ejecución de la decisión adoptada por los árbitros.

4. LA NECESIDAD DE EMITIR LAUDOS DE CALIDAD

Los problemas aquí comentados podrían evitarse con la emisión de laudos de calidad. Para ello, se requiere de un esfuerzo conjunto de todos los operadores que intervienen en el proceso arbitral.

Los árbitros deben comprometerse a emitir laudos con la mira a que pueda ser cumplido sin mayores inconvenientes, tomando en cuenta los requisitos necesarios para su ejecución y evitando incurrir en defectos que puedan verse reflejados en una eventual anulación.

Las instituciones arbitrales pueden contribuir con sistemas de control de calidad de los laudos arbitrales bajo su administración. Como ejemplo, los sistemas de escrutinio de laudo habilitan a la institución para controlar la existencia de motivación, tanto porque se trate de una exigencia de «forma» o «contenido» del laudo, como un defecto que puede afectar a la eficacia del propio laudo.

Sin condicionar a los árbitros acerca de cuál debe ser tal motivación, la institución u órgano institucional encargado del control previo, está perfectamente legitimada para exigir a los árbitros la inclusión en el laudo de, por ejemplo, una motivación fáctica y jurídica suficiente, razonable y no contradictoria, sin mediatizar la solución en cuanto al fondo.

El Poder Judicial debe hilar muy fino al analizar el caso por caso, a fin de no emitir fallos que resulten contraproducentes a la celeridad y eficiencia que ostenta todo proceso arbitral. Su labor no es sencilla, pero

viendo los avances de los últimos años, podemos vislumbrar que estamos empezando a trabajar en la misma dirección.

Finalmente, las partes deben gestionar la suscripción de convenios arbitrales más eficientes y exigir laudos que, independientemente de la decisión, tengan los requisitos y características exigidos por ley. Para ello, su participación en la elección de buenos árbitros con conocimientos en la materia y disponibilidad para el análisis correcto del caso resulta primordial.

MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE

Sheilah Vargas Soto [*] [**]

Sumario: 1. Introducción.— 2. Cuestiones previas.— 2.1. Sobre el arbitraje como mecanismo de solución de controversias.— 2.2. Marco doctrinario de la tutela cautelar.— 2.2.1. Sobre la tutela cautelar.— 2.2.2. Requisitos de otorgamiento de la medida cautelar .— 2.3. Regulación de la tutela cautelar en el arbitraje.— 2.4. Medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral.— 2.4.1. Medidas cautelares solicitadas ante el Poder Judicial.— 2.4.2. Medidas cautelares solicitadas ante el árbitro de emergencia.— 2.5. Medidas cautelares una vez constituido el tribunal arbitral.— 2.5.1. Que mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se resuelva la controversia.— 2.5.2. Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al proceso arbitral.— 2.5.3. Que proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente.— 2.5.4. Que preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.— 2.5.5. Anotación de acto inscribible en Registros Públicos.— 2.6.

---

[*] Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en relaciones internacionales y protección internacional de los derechos humanos por la Sociedad Italiana de las Organizaciones Internacionales (SIOI), Roma. Árbitro en diversas instituciones arbitrales. Pertenece al área de litigios y solución de controversias del Estudio Echecopar, asociado a Baker & McKenzie International.

[**] A mi madre, con amor y agradecimiento infinito, porque todo lo que soy, se lo debo a ella.

Sobre el Decreto de Urgencia n.° 020-2020.— 3. Conclusiones.— 4. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Ya sea que se trate de un proceso judicial o un arbitraje que iniciemos para la solución de un conflicto de intereses determinado, resulta de vital importancia el que se pueda ejecutar la decisión final, en sus propios términos. Sin embargo, ese pronunciamiento final no se da en forma inmediata y para ello debe transcurrir un tiempo determinado. A efectos de lograr que la tutela que se brinda a través de una sentencia o laudo arbitral sea eficaz y que no se vea mellada por el transcurso del tiempo, es que existe la tutela cautelar.

¿Puede aplicarse la tutela cautelar en el arbitraje? En el presente artículo demostraremos que, en tanto el arbitraje es un mecanismo de solución de controversias y que, además, es reconocido por el Tribunal Constitucional como un tipo de jurisdicción, corresponde que se despliegue la tutelar cautelar para garantizar la eficacia del laudo arbitral.

Nuestra Ley de Arbitraje brinda a las partes, diversas posibilidades para solicitar tutela cautelar, dependiendo de si en el arbitraje se ha producido la instalación del Tribunal Arbitral. En el presente artículo analizaremos cada una de estas posibilidades de tutela cautelar arbitral y nos pronunciaremos respecto a los requisitos que se deben cumplir en casa caso y al trámite de dichos procedimientos. Asimismo, trataremos la figura del árbitro de emergencia, que está siendo incorporada —en los últimos años— por los principales centros de arbitraje. Finalmente, nos pronunciaremos respecto al Decreto de Urgencia n.° 20-2020, que modifica la Ley de Arbitraje, respecto al tema de la contracautela, en los arbitrajes en los que participa el Estado, norma que se encuentra vigente desde el mes de enero de 2020.

2. CUESTIONES PREVIAS

2.1. Sobre el arbitraje como mecanismo de solución de controversias

Como es por todo conocido, el arbitraje es un mecanismo de solución de controversias que se funda en la autonomía de las partes. A través del acuerdo o convenio arbitral, las partes deciden someter las controversias futuras que se pudieran derivar de una relación jurídica determinada a terceros imparciales que resolverán de manera definitiva dichas controversias.[1] En ese sentido, García Calderón señala lo siguiente en relación al arbitraje: «[…] es un sistema de arreglo de diferencias, de carácter privado, en virtud del cual las partes de una determinada relación jurídica, sea contractual o extracontractual -acuerdan someter sus diferencias al juicio de particulares que ellos mismos eligen sea en forma directa o indirecta apartándose del Poder Judicial Estatal, renunciando al derecho que tenemos las personas naturales o jurídicas- a ser juzgados por la Jurisdicción Ordinaria o juez natural, por lo que, para esa importante decisión el legislador exige que se celebre el convenio arbitral por escrito bajo sanción de nulidad».[2]

En esa línea, al arbitraje se le reconoce como ventajas —frente a un proceso judicial—, la posibilidad de que la controversia sea resuelta por terceros expertos en la materia (especialización) elegidos por las partes, que el trámite sea más célere y flexible (formalidades), y en un ámbito de confidencialidad para las materias en controversia respecto a lo que

---

1 Decreto Legislativo n.° 1071, Decreto que norma el arbitraje:
Artículo 13.- «Contenido y forma del convenio arbitral.
1. El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza».

2 GARCÍA CALDERÓN, Gonzalo. «Validez del Sometimiento de una persona jurídica a arbitraje». En *Revista Derecho & Sociedad*, n.° 23. p. 199.

se resuelva en dicho arbitraje. Mientras que se identifican como desventajas del arbitraje, el hecho que los árbitros carezcan de coerción (*coertio*)[3] y el hecho que en algunos ordenamientos los árbitros no pueden dictar medidas cautelares.[4] Asimismo, se menciona como una desventaja, la onerosidad del proceso arbitral.

Ahora bien, independientemente de que el arbitraje nace del acuerdo de las partes,[5] el Tribunal Constitucional peruano ha otorgado al arbitraje el carácter de jurisdicción,[6] conforme se aprecia de la sentencia recaída en el expediente n.° 6167-2005-PHC/TC (Caso Cantuarias Salaverry), en la que se afirma lo siguiente:

> 7. […] Al respecto, el reconocimiento constitucional de fueros especiales, a saber, militar y arbitral (inciso 1 del artículo 139); constitucional (artículo 202) y de Comunidades Campesinas y Nativas (artículo 149), no vulnera el principio de igualdad ante la ley, previsto en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución, siempre que dichas jurisdicciones aseguren al justiciable todas las garantías vinculadas al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.
>
> […]

---

3 Respecto a ello, Amaral Santos indica lo siguiente: «La jurisdicción comprende tres poderes: el de decisión, el de coerción y el de documentación […] El poder de coerción se manifiesta flagrantemente en el proceso de ejecución, cuando se trata de compilar al vencido al cumplimiento de la decisión. Asimismo, la ejerce el juez en los procesos de conocimiento y cautelares, cuando ordena a las partes prestar testimonio, determina la exhibición de documentos, conmina o aplica sanciones». AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. Sao Paulo: Saraiva, 1999, 2.ª edición, vol. I. p. 71. (Traducción libre).

4 Como es el caso del ordenamiento procesal italiano.

5 Así lo señala Fazzalari al señalar: «*Fonte dell'arbitrato è, dunque, la congiunta volontà dei litiganti: essa solo può scegliere di sotoporre la controversia ad un terzo che non sia il giudice statale*». En FAZZALARI, Elio. *L'arbitrato*. Torino: Edit. Torinese, 1997, p. 35.
«La fuente del arbitraje es, por tanto, la voluntad conjunta de los litigantes: la cual elige solo puede elegir someter la controversia a un tercero que no es el juez estatal». (Traducción libre).

6 En relación a la naturaleza del arbitraje, encontramos en doctrina las siguientes posiciones: i) teoría jurisdiccional, ii) teoría contractual; iii) teoría mixta o híbrida y iv) teoría autónoma. Al respecto, ver: GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *El arbitraje*. México: Editorial Porrúa, 2014, 4.ª edición, pp. 131 y ss; ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: Bosch, 1992, pp. 37 y ss.

> 10. De allí que el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa al sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias. Y que constituye una necesidad, básicamente para la solución pacíficas 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 artículo 2, inciso 24, literal a) de la Constitución, sino que *tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139 de la propia Constitución*. […].[7] (Énfasis agregado).

Como puede apreciarse, el Tribunal Constitucional reconoce el carácter jurisdiccional del arbitraje en función a su reconocimiento en nuestra Constitución como mecanismo de solución de controversias para los justiciables. En tal sentido, las características que se predican respecto a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al debido proceso son plenamente aplicables en el ámbito del arbitraje y al laudo que se emita para la resolución de las controversias.

[7] Páginas 9 a 11 de la Sentencia. En la parte final de la sentencia se considera vinculantes para los operadores jurídicos (precedente vinculante) los fundamentos jurídicos 8, 11, 12, 13, 14, 17 y 18.

2.2. Marco doctrinario de la tutela cautelar

2.2.1. Sobre la tutela cautelar

El derecho a la tutela jurisdiccional a que toda persona pueda acceder a los órganos jurisdiccionales para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso. En palabras de Gonzales Pérez es el «derecho de toda persona a que se le haga justicia; a que cuando pretenda algo de otro, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con garantías mínimas».[8] En nuestro ordenamiento jurídico, este derecho se encuentra reconocido en el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil[9] (CPC) y en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política del Estado (Constitución).[10]

Respecto a la efectividad de la tutela jurisdiccional, señala Chamorro Bernal que se puede hablar de cuatro grados de efectividad y la que resulta pertinente para el presente caso, es la efectividad de cuarto grado, por la cual se garantiza que la decisión adoptada por un órgano jurisdiccional será ejecutada.[11]

La efectividad de la tutela jurisdiccional no solo significa que las garantías que forman parte de dicho derecho sean respetadas en el proceso judicial, sino que, además, el proceso sea el instrumento idóneo

---

8 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*. Madrid: Editorial Civitas, 1985, 2.ª edición, p. 27.

9 Así lo reconoce el Artículo I del Título Preliminar del CPC:
Artículo I.- «Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva
Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso."

10 Artículo 139.- «Principios y derechos de la función jurisdiccional
Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
[…]
3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. […]».

11 CHAMORRO BERNAL, Francisco citado por PRIORI POSADA, Giovanni F. «La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: Hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso. *Ius et Veritas*, 2003, n.° 13, (26), pp. 281 y 282.

para brindar una tutela real a las situaciones jurídicas que se han visto lesionadas o amenazadas, ejecutándose lo ordenado en la decisión final. Lo cual significa adoptar las medidas idóneas para garantizar que lo resuelto en una sentencia (o laudo arbitral) efectivamente se cumpla.

Es por ello, que en doctrina se clasifica la tutela procesal, en función a la eficacia que recae sobre la materia controvertida en el proceso. Así, Monroy Palacios[12] señala que se puede diferenciar entre una tutela satisfactiva y una tutela provisional. Indica el autor que a través de la sentencia el juzgador pone fin a la controversia que se le plantea, la cual adquiere la calidad de cosa juzgada. En tal sentido, esta tutela es satisfactiva en la medida que satisface a las partes, ya que el juez de manera definitiva resuelve el conflicto de intereses que fue sometido en el proceso judicial (interés inmediato). Y esta tutela satisfactiva, a su vez, puede ser de dos tipos: tutela de conocimiento y tutela de ejecución.

Por su parte, la tutela provisional o asegurativa tiene un fin mediato en el proceso, que es el de asegurar la eficacia de la sentencia que se emita en un determinado proceso. Esta tutela siempre es de carácter instrumental respecto a la tutela satisfactiva (sea de conocimiento o ejecutiva) y esta es la que se conoce como tutela cautelar.[13] Dentro de la tutela cautelar se pueden encontrar distintos tipos de tutela como son: asegurativa, anticipatoria, transformativa y conservativa.

---

12 MONROY PALACIOS, Juan José. *La tutela procesal de los derechos*. Lima: Palestra Editores, 2004, 1.ª edición, pp. 280 y ss.

13 Así señalaba Carnelutti lo siguiente: «Si todos los procedimientos jurisdiccionales son instrumento de un derecho sustancial, que a través de estos, se cumple, en los procedimientos cautelares se verifica una instrumentalidad cualificada, o sea, elevada, por así decir, al cuadrado: estos son de hecho, infaliblemente, un medio predispuesto para el mejor resultado del procedimiento definitivo, que por su vez es un medio para la aplicación del derecho; son por tanto, en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, instrumentos del instrumento». En CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, p. 42.

2.2.2. Requisitos de otorgamiento de la medida cautelar

Para el otorgamiento de una medida cautelar, es reconocido en doctrina que se deben cumplir ciertos requisitos, a saber, la apariencia (verosimilitud) del derecho, el peligro en la demora y la adecuación de la medida. Respecto a la contracautela, existen autores que no la consideran un requisito para el otorgamiento de la medida cautelar,[14] sino que es un requisito para su ejecución, sobre esto volveremos más adelante.

El requisito de la verosimilitud del derecho invocado ha sido denominado en doctrina como «apariencia de fundabilidad de la pretensión».[15] Para la verificación de este requisito, el juez (o árbitro) debe evaluar si el derecho que se invoca en el proceso principal resulta —al menos— aparente (creíble), es decir, si se puede establecer que existe la posibilidad de que oportunamente se emita una decisión favorable en el proceso judicial o arbitral.[16] Por lo tanto, aplicándolo al caso en concreto, para el otorgamiento de una medida cautelar, basta la posibilidad de la existencia del derecho alegado.[17]

Por su parte, el requisito de «peligro en la demora», recogido en el artículo 611 del CPC señala que la medida cautelar debe otorgarse siempre que se aprecie «la necesidad de la emisión de una decisión preventiva que por constituir peligro en la demora del proceso o por cualquier otra razón justificable». Esto implica que, para la concesión de toda medida provisoria, se requiere acreditar el daño que pueda sufrir el

---

14 En ese sentido, sugiero revisar lo señalado por Monroy Palacios sobre el tema de la contracautela. En MONROY PALACIOS, Juan José. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima: Comunidad, 2002, pp. 199 y ss.

15 MONROY PALACIOS, Juan José. *Ibid*., pp. 167-170.

16 Al respecto, el profesor Carpena señala que la verosimilitud es la plausibilidad del derecho que el solicitante afirma tener; es decir, que el derecho solo necesita aparecer como probable o verosímil ante la argumentación y el conjunto probatorio aportado por el demandante. No se trata, en modo alguno, de adquirir en este momento certeza ni cognición plena sobre el derecho invocado, dado que ello solo ocurrirá con la sentencia. CARPENA, Marcio Louzada. *Medidas liminares no proceso cautelar*. En *Revista Jurídica*. Porto Alegre, septiembre de 1999, año 47, n.º 263, p. 10.

17 *Ibid.*

derecho que se discute en el proceso principal como consecuencia del tiempo transcurrido en el desarrollo del proceso judicial.

En resumidas cuentas, el requisito de peligro en la demora, es definido en la doctrina como: «[…] la amenaza de que el proceso se torne ineficaz durante el tiempo transcurrido desde el inicio de la relación procesal hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva».[18] Como destaca Priori Posada, los caracteres que configuran el peligro en la demora son: (i) que el riesgo de daño sea atribuible a la demora del proceso y; (ii) que el riesgo del daño sea inminente.[19] Y estos caracteres deben presentarse de manera conjunta, de tal manera que la ausencia de uno de ellos, determinará que no se otorgue la medida cautelar solicitada.

El tercer requisito de la adecuación se encuentra recogida en el artículo 611 del CPC, cuando señala que «el juez, atendiendo a la naturaleza de la pretensión 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 […] 3. la razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión».

Como bien menciona Monroy Palacios, podemos señalar que el requisito de la adecuación exige que se otorguen medidas cautelares que sean congruentes y proporcionales con el objeto que es materia en el proceso principal.[20] De tal manera que al otorgarse una medida cautelar no se incurran en excesos respecto a la esfera jurídica del demandado afectado con dicha medida.

Por congruencia se refiere a la correlación lógica que necesariamente deberá establecerse entre la cautelar concedida y el objeto de la

---

18 MONROY PALACIOS, Juan José. Ibid. p. 176.

19 PRIORI POSADA, Giovanni F. *La tutela cautelar. Su configuración como derecho fundamental*. Lima: ARA Editores. 2006. p. 39.

20 MONROY PALACIOS, Juan José. *Ibid*., pp. 189 y ss.

tutela. Por su parte, la proporcionalidad se trata de una cualificación en la correlación que debe existir entre la medida cautelar y el objeto materia de tutela. Es decir, en palabras de Priori Posada, «el presupuesto de adecuación permite determinar si la medida cautelar solicitada y/o concedida sirve para el propósito que, de manera general, se reserva a las medidas cautelares, esto es, garantizar la eficacia de la sentencia que declare fundada una pretensión».[21]

Finalmente, en relación a la contracautela, debemos indicar que la misma tiene como objeto el resarcimiento de los posibles daños y perjuicios que se puedan causar al afectado con la ejecución de una medida cautelar. En ese sentido, en estricto, no debiera ser un requisito a evaluarse para el otorgamiento de la medida cautelar, sino eventualmente para su ejecución. De tal manera que la misma podría cambiarse o graduarse en función a garantizar esos posibles daños a la parte afectada con la medida.[22]

Sin embargo, en la práctica, el requisito de la contracautela no se analiza en función a los posibles daños que pudieran causar la ejecución de la medida cautelar; sino que termina siendo un equivalente a la cuantía de la pretensión (en el caso que esta exista) de lo que se discute en el proceso o arbitraje. Por esta razón, que el monto de la contracautela pierde su finalidad y termina siendo excesiva y gravosa para el justiciable que quiere resguardar el pronunciamiento final que emita el juez (o

---

21 PRIORI POSADA, Giovanni F. *Ibid*., p. 88.

22 Con relación al tema de la contracautela, el Código Procesal Civil regula lo siguiente:
Artículo 613.- «Contracautela y discrecionalidad del juez
La contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución.
La admisión de la contracautela, en cuanto a su naturaleza y monto, es decidida por el juez, quien puede aceptar la propuesta por el solicitante, graduarla, modificarla o, incluso cambiarla por la que sea necesaria para garantizar los eventuales daños que pueda causar la ejecución de la medida cautelar. La contracautela puede ser de naturaleza real o personal. Dentro de la segunda se incluye la caución juratoria, la que puede ser admitida, debidamente fundamentada, siempre que sea proporcional y eficaz. Esta forma de contracautela es ofrecida en el escrito que contiene la solicitud de medida cautelar, con legalización de firma ante el secretario respectivo. […]».

árbitro). Ya no solo se exige como contracautela la caución juratoria (que debiera ser suficiente para responder por un eventual daño), sino que se exige que la misma sea de naturaleza personal (por ejemplo, una carta fianza).

2.3. Regulación de la tutela cautelar en el arbitraje

Teniendo en cuenta que el arbitraje concluye con la emisión del laudo arbitral, que resuelve de manera definitiva el conflicto de intereses, y que, además, adquiere la calidad de cosa juzgada,[23] es innegable que en el proceso arbitral será necesario que se despliegue la tutela cautelar con el fin de que lo que se resuelva en el laudo arbitral sea plenamente ejecutable y que no sea afectado por el tiempo que demorará la obtención dicho pronunciamiento definitivo que acoja de manera favorables sus pretensiones.[24]

El Decreto Legislativo n.° 1071, decreto que regula el arbitraje (en adelante, «Ley de Arbitraje») establece en su artículo 47, la posibilidad de que las partes soliciten medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral, así como una vez que este haya quedado constituido el, regulando la relación de colaboración entre el Poder Judicial y los árbitros en el dictado de dichas medidas cautelares.

Si bien esta norma no desarrolla los requisitos para el otorgamiento de la medida cautelar, se hace referencia al requisito de la adecuación de la medida cuando se refiere a «garantizar la eficacia del laudo», así como también se menciona el hecho de que la medida cautelar tenga por objeto impedir «un daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral», con lo cual, se está haciendo referencia a requisito del peligro

---

23 Decreto Legislativo n.° 1071, Ley de Arbitraje:
Artículo 59.- «Efectos del laudo. 1. Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes. 2. El laudo produce efectos de cosa juzgada».

24 Respecto a la tutela cautelar en el arbitraje, sugerimos revisar: AMPRIMO PLÁ, Natale. «La tutela cautelar arbitral». *Ius et Praxis*, (44), 2013, pp. 59-79. Recuperado de <http://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/article/view/75>.

en la demora. Finalmente, la Ley de Arbitraje hace alusión a una de las características de la medida cautelar como es su provisionalidad (temporalidad), así como los supuestos que podrían ser planteados a través de las medidas cautelares.[25]

Si bien es cierto que la décima disposición complementaria[26] señala que las disposiciones procesales de la Ley de Arbitraje prevalecen sobre las normas del Código Procesal Civil; ello no impide en modo alguno que durante al arbitraje se puedan tener como referente la doctrina sobre la teoría general del proceso y tutela cautelar. Consideramos que la finalidad de la disposición complementaria es evitar que se judicialice el arbitraje respecto al trámite y a la forma de resolver ciertos temas; debiendo prevalecer la forma de actuación considerada en la Ley de Arbitraje para los árbitros.

Ha ocurrido que ciertos centros de arbitraje respecto el trámite del proceso arbitral han «imitado» el proveído de escritos que se da en un proceso judicial (por ejemplo, el «correr traslado» o «poner a conocimiento» los escritos a la parte contraria), haciendo que se dilate en forma

---

25 Decreto Legislativo n.° 1071, Ley de Arbitraje:
Artículo 47.- «Medidas cautelares.
1. Una vez constituido, el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida.
2. Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a una de las partes:
   a. Que mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se resuelva la controversia;
   b. Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al proceso arbitral;
   c. Que proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente; o
   d. Que preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia. […]».

26 Ley de Arbitraje: Disposiciones Complementarias
Décima.- «Prevalencia
Las disposiciones procesales de esta norma respecto de cualquier actuación judicial prevalecen sobre las normas del Código Procesal Civil».

innecesaria el trámite. Ya en los últimos cuatro años, comenzamos a advertir que algunos centros de arbitraje vienen impulsando la adopción de órdenes procesales, que fijan de manera antelada la fecha de presentación de los actos postulatorios, los cuales surten efecto de manera inmediata (sin necesidad de poner a conocimiento los escritos), así como también las partes conjuntamente con los árbitros se ponen de acuerdo en las fechas de las audiencias, sin necesidad de resoluciones previas.[27] En mi opinión, esta política ha vuelto a dotar de flexibilidad y celeridad al arbitraje.

Ahora bien, veamos cuáles son los escenarios que se le presentan a las partes con miras a iniciar un arbitraje, para solicitar medidas cautelares que busquen garantizar la eficacia del laudo arbitral.

2.4. Medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral

Dado que la constitución del Tribunal Arbitral o la designación del árbitro único no se da en forma inmediata a la presentación de la petición de arbitraje y puede tomar algunos meses, es importante saber cuáles son las alternativas que nos brinda el ordenamiento jurídico para solicitar medidas cautelares que garanticen la eficacia del laudo arbitral que se dicte oportunamente.

Imaginemos, por ejemplo, que en la ejecución de un contrato de obra o de prestación de servicios, la entidad estatal ha resuelto el contrato por incumplimiento del contratista, y la ejecución de cartas fianzas por parte de la entidad es inminente. En tal sentido, la necesidad de obtener una medida cautelar que mantenga el estado de las cosas (*statu quo)* mientras se discute la validez de la resolución contractual es imperiosa. ¿Ante quien se solicita la medida cautelar?

---

27 Así se encuentra regulado, por ejemplo, en el artículo 26 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima; vigente desde el 1 de enero de 2017.

2.4.1. Medidas cautelares solicitadas ante el Poder Judicial

Conforme se puede apreciar del artículo 47 de la Ley de Arbitraje, las partes pueden solicitar medidas cautelares ante el Poder Judicial.[28] Conforme a lo regulado en el numeral 2 del artículo 8 de la Ley de Arbitraje, el órgano competente será el juez sub especializado en lo comercial o, de ser el caso, el juez especializado en lo civil, del lugar donde la medida cautelar será ejecutada o el lugar donde las medidas deban producir su eficacia. Para ello, se deberán cumplir con acreditar el cumplimiento de cada uno de los requisitos para su otorgamiento.

Es importante destacar que el hecho de que las partes soliciten medidas cautelares ante el Poder Judicial no significa una renuncia a que la controversia sea resuelta a través del arbitraje, ni que dichas medidas sean incompatibles con el arbitraje.

Sin embargo, la parte que obtiene la medida cautelar se encuentra obligada a dar inicio al proceso arbitral en un plazo de diez (10) días

---

28 Decreto Legislativo n.° 1071, Ley de Arbitraje:
Artículo 47.- «Medidas cautelares
[…]
4. Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. Ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez (10) días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Si no lo hace dentro de este plazo o habiendo cumplido con hacerlo, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa (90) días de dictada la medida, esta caduca de pleno derecho.
5. Constituido el tribunal arbitral, cualquiera de las partes puede informar a la autoridad judicial de este hecho y pedir la remisión al tribunal del expediente del proceso cautelar. La autoridad judicial está obligada, bajo responsabilidad, a remitirlo en el estado en que se encuentre, sin perjuicio de que cualquiera de las partes pueda presentar al tribunal arbitral copia de los actuados del proceso cautelar. La demora de la autoridad judicial en la remisión no impide al tribunal arbitral pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, dictada o impugnada. En este último caso, el tribunal arbitral tramitará la apelación interpuesta bajo los términos de una reconsideración contra la medida cautelar.
6. El tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado, así como las medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes. Esta decisión podrá ser adoptada por el tribunal arbitral, ya sea a iniciativa de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a ellas. […]».

luego de que se ejecute dicha medida. De lo contrario, la medida cautelar caduca de pleno derecho. Asimismo, si se da inicio al proceso arbitral y no se constituye el tribunal arbitral en el plazo de noventa (90) días, la medida cautelar también caduca. Supuestos normativos que reflejan la instrumentalidad de la medida cautelar respecto al proceso arbitral y a la eficacia de laudo que se emita a futuro. La medida cautelar no puede subsistir sin un proceso principal, y debe tener relación con las pretensiones que serán planteadas en el futuro proceso arbitral. No se deben plantear pedidos cautelares que no tengan correspondencia alguna con lo que será materia del arbitraje.

Como es por todos conocido, la resolución judicial que otorga o rechaza una medida cautelar se dicta sin conocimiento de la parte afectada (*inaudita altera pars*). En el caso que se conceda la medida cautelar, esta puede ser objeto de oposición, y si esta es declarada infundada, la parte demandada puede apelar dicha resolución, conforme a lo previsto en el artículo 637 del CPC.[29] Si la medida cautelar es dejada sin efecto como consecuencia de la oposición, la parte solicitante puede interponer apelación, la cual será concedida sin efecto suspensivo (es decir, la medida cautelar no surtirá efecto).

Si la medida cautelar es otorgada por el Poder Judicial y, posteriormente, se constituye el tribunal arbitral, cualquiera de las partes puede informar este hecho al juez y pedir que se remita el expediente del proceso cautelar al tribunal arbitral. Este tribunal arbitral será competente

[29] Artículo 637.- «Trámite de la medida
La solicitud cautelar es concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada en atención a los fundamentos y prueba de la solicitud. Procede apelación contra el auto que deniega la medida cautelar. En este caso, el demandado no es notificado y el superior absuelve el grado sin admitirle intervención alguna. En caso de medidas cautelares fuera de proceso, el juez debe apreciar de oficio su incompetencia territorial.
Una dictada la medida cautelar, la parte afectada puede formular oposición dentro de un plazo de cinco (5) días, contado desde que toma conocimiento de la resolución cautelar, a fin de que pueda formular la defensa pertinente. La formulación de la oposición no suspende la ejecución de la medida.
De ampararse la oposición, el juez deja sin efecto la medida cautelar. La resolución que resuelve la oposición es apelable sin efecto suspensivo».

para conocer la apelación que se hubiera interpuesto contra la medida cautelar (la cual será tramitada como una reconsideración) y estará facultado a modificar, sustituir o, incluso, dejar sin efecto las medidas cautelares dictadas por el Poder Judicial. Todo ello, en aras de cautelar el cumplimiento del laudo arbitral que se emita.

2.4.2. Medidas cautelares solicitadas ante el árbitro de emergencia

Ahora bien, debido a la carga procesal existente en el Poder Judicial, los jueces no se pronuncian respecto a las medidas cautelares previas al inicio del arbitraje en el plazo que las partes estiman que se emitirá la resolución cautelar, pronunciamiento que resulta indispensable para que puedan surtir efectos y ser oponibles a la contraparte, para que el daño que se busca evitar no se convierta en irreparable. Estos plazos ahora han aumentado con la implementación de la justicia remota en tiempos de pandemia por el covid-19.

Frente a esta realidad judicial, ¿existe otro tipo de tutela cautelar para la parte que requiere, de manera urgente, un pronunciamiento que garantice la eficacia del laudo?

Los reglamentos de los principales centros de arbitraje del país —desde hace algunos años— regulan la figura del Árbitro de Emergencia,[30-31] la cual es replicada del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).[32]

A través de esta institución, los Centros de Arbitraje —cuyo Reglamento haya sido pactado por las partes— brindan la posibilidad de que

---

30 Así, se puede apreciar en: i) el artículo 35 y Apéndice I del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL), vigente desde el 1 de enero de 2017; ii) el artículo 66 del Reglamento de Arbitraje de la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (CARC-PUCP), vigente desde el año 2017, y iii) artículo 37y Apéndice III del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana (AmCham), vigente desde el 1 de julio de 2021.

31 Respecto a los antecedentes de la figura del Árbitro de Emergencia, sugerimos revisar el siguiente artículo: CASAVERDE, Fiorella. «Medidas cautelares en el arbitraje». *Foro jurídico*. Lima, 2021, n.° 18, pp. 166-180.

32 Reglamento de Arbitraje de la CCI (2021).
Artículo 29.- «Árbitro de Emergencia
La parte que requiera medidas cautelares o provisionales urgentes que no puedan esperar hasta la constitución del tribunal arbitral ("Medidas de Emergencia"), podrá solicitar tales medidas según las Reglas de Árbitro de Emergencia previstas en el Apéndice V. Tal petición será aceptada por la Corte solo si es recibida por la Secretaría antes de la entrega del expediente al tribunal arbitral de conformidad con el Artículo 16 e independientemente de si la parte que la hace ha presentado ya su Solicitud de Arbitraje.
La decisión del árbitro de emergencia deberá adoptar la forma de una orden. Las partes se comprometen a cumplir con cualquier orden dictada por el árbitro de emergencia.
La orden del árbitro de emergencia no será vinculante para el tribunal arbitral en relación con cualquier cuestión, tema o disputa decidida en la orden. El tribunal arbitral puede modificar, dejar sin efecto o anular la orden o cualquier modificación de la misma hecha por el árbitro de emergencia.
El tribunal arbitral decidirá sobre las solicitudes o demandas de cualquier parte relativas al procedimiento del árbitro de emergencia, incluyendo la distribución de los costos de dicho procedimiento y cualesquiera demandas que surjan o tengan relación con el cumplimiento o incumplimiento de la orden.
Los artículos 29(1) a 29(4) y las Reglas de Árbitro de Emergencia previstas en el Apéndice V (conjuntamente, las "Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia") se aplicarán solo a las partes que sean signatarias del acuerdo de arbitraje bajo el Reglamento que sirve de base a la solicitud o que sean sucesores de dichas signatarias.
Las Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia no serán aplicables si: a) el acuerdo de arbitraje bajo el Reglamento fue concluido antes del 1° de enero de 2012; b) las partes optaron por excluir las Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia; o c) el acuerdo de arbitraje en que se fundamenta la petición deriva de un tratado.
Las Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia no impiden que cualquier parte solicite medidas cautelares o provisionales urgentes de una autoridad».
Similar disposición encontramos en el Reglamento de la CCI del año 2012.

un árbitro se pronuncie —antes de la constitución del tribunal arbitral— respecto a la procedencia de medidas cautelares. Para ello, las partes deben haber pactado en el convenio arbitral el sometimiento al Reglamento arbitral que contemple esa figura. Es preciso señalar que las medidas dictadas por el Árbitro de Emergencia son vinculantes para las partes y deben ejecutarse de manera inmediata. Antes de resolver la solicitud cautelar, se debe poner en conocimiento de la otra parte el pedido.

En términos de tiempo, veamos cuánto podría demorar la resolución que emita un Árbitro de Emergencia respecto a un pedido cautelar. Si analizamos —por ejemplo— el trámite previsto en el Apéndice 1 del Reglamento de Arbitraje de la CCL, podemos advertir que una vez que se ha designado el árbitro de emergencia de la lista de árbitros del centro, dicho árbitro tiene, en principio, un plazo de quince hábiles para pronunciarse respecto a la solicitud de medida cautelar. Ahora bien, este plazo podría ser ampliado por acuerdo de las partes, por decisión motivada del árbitro de Emergencia o cuando el Consejo Superior de Arbitraje lo considere conveniente. Si es que no se produce la ampliación del plazo, consideramos que el plazo que tiene el Árbitro de Emergencia es breve, en comparación al plazo que podría transcurrir para que un juzgado comercial (o civil) emita una resolución respecto a una solicitud cautelar.

Si las partes no quisieran que se aplique la figura del árbitro de emergencia prevista en el nuevo Reglamento del Centro de Arbitraje al cual se están sometiendo en el convenio arbitral, deben indicarlo expresamente. Asimismo, si las partes se sujetaron a reglamentos arbitrales que no contemplaban la figura del árbitro de emergencia, se requeriría de un acuerdo adicional o complementario de las partes para se aplique dicha figura al arbitraje a iniciarse. Así, se contempla en el artículo 35 del Reglamento de Arbitraje de la CCL.

Las medidas cautelares que dicte el árbitro de emergencia —al igual que las concedidas ante el Poder Judicial— pueden ser objeto de modificación por el tribunal arbitral, una vez que este se constituya; momento en el cual se extingue la competencia del Árbitro de Emergencia. En tal sentido, podría ocurrir que- ante nuevo pedido cautelar o revelación de alguna circunstancia particular- el tribunal arbitral deje sin efecto la medida cautelar dictada por el árbitro de emergencia.

Otro tema que deben tener presente las partes es que lo resuelto por el Árbitro de Emergencia respecto a la medida cautelar no vincula al futuro tribunal arbitral respecto a lo que se haya resuelto en la resolución u orden procesal. asimismo, el árbitro de emergencia no podrá actuar como árbitro en ningún arbitraje vinculado con la controversia.[33]

Finalmente, el hecho que las partes cuenten con el derecho de plantear medidas cautelares ante el árbitro de emergencia, no impide que las partes puedan solicitar medidas cautelares ante el Poder Judicial; ello, sin duda, dependerá de la naturaleza del pedido cautelar que las partes pretendan en dicho arbitraje y si se requiere -por ejemplo- para la ejecución de la medida, el uso de la fuerza pública.

2.5. Medidas cautelares una vez constituido el tribunal arbitral

Una vez constituido el tribunal arbitral, las partes pueden solicitar medidas cautelares ante dicho Tribunal. Es importante precisar que la facultad de otorgar medidas cautelares por parte de los árbitros puede devenir del acuerdo arbitral, de las reglas de arbitraje pactadas en el caso concreto o de la ley de arbitraje.[34]

---

33 Sobre este tema, resulta muy interesante la reflexión que hace la profesora Ariano Deho sobre la tutela cautelar y la pérdida de objetividad en la que incurren los árbitros cuando dictan medidas cautelares (por el prejuzgamiento del fondo). En ARIANO DEHO, Eugenia. «Arbitraje, tutela cautelar e imparcialidad "objetiva" del juzgador: un tema para el debate». En *Athina*, (010), 2013, pp. 107-125. Recuperado de <https://doi.org/10.26439/athina2013.n010.1155>.

34 Al respecto, se puede revisar GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *El arbitraje*, pp. 742 y ss.

En los últimos años, es frecuente encontrarnos con cláusulas de convenio arbitral que otorgan a los árbitros no solo facultades de dictar medidas cautelares, sino también facultades de ejecución de las mismas y/o ejecución de los propios laudos arbitrales.

Si es que las partes no hubieran otorgado a los árbitros la facultad de dictar medidas cautelares, nuestra Ley de Arbitraje, señala en el artículo 47, que el Tribunal podrá —a pedido de las partes— otorgar dichas medidas.[35] En esa línea, la norma señala que el Tribunal podrá requerir a la parte solicitante las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida. Con lo cual, se estaría regulando la institución de la contracautela, como un requisito para el otorgamiento de la medida cautelar.

Siguiendo el lineamiento establecido en la Ley de Arbitraje, los Reglamentos de los principales centros de arbitraje del país contemplan, también, la posibilidad de que los árbitros puedan dictar medidas cautelares.[36] Por tanto, en el caso que las partes se sometan al convenio a uno de estos reglamentos de arbitrajes, aquellas podrán solicitar medidas cautelares a los árbitros.

Entre los pedidos que las partes podría plantear en la solicitud cautelar, la Ley de Arbitraje regula los siguientes supuestos:

---

35 Es preciso señalar que no todos los ordenamientos jurídicos otorgan facultades de dictar medidas cautelares a los árbitros. Así por ejemplo ocurre en Italia, ya que en el artículo 818 del Código Procesal Civil señala que «Medidas cautelares.- Los árbitros no pueden conceder secuestros, ni otras medidas cautelares, salvo distinta disposición de la ley». (Traducción libre del siguiente texto: «Articolo 818.- Provvidimenti cautelari. Gli arbitri non possono concedere sequestri, né altri provvedimenti cautelari, salva diversa disposizione della legge». Al respecto revisar: FAZZALARI, Elio. *Ibid.* p. 65-66.

36 Así, se advierte del artículo 34 del Reglamento del Centro de Arbitraje de la CCL, del artículo 63 del Reglamento del CARC-PUCP y del artículo 36 de Reglamento del Centro de Arbitraje de AmCham.

2.5.1. Que mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se resuelva la controversia

Este petitorio recoge el supuesto de la medida cautelar innovativa o de innovar (dependiendo como se plantea el petitorio cautelar) y tiene por objeto que el estado de las cosas existente al momento que surja la controversia no cambie, y se mantenga hasta el momento en que se expida el laudo. Este tipo de medidas cautelares resultan especialmente procedentes para las consecuencias que podrían derivarse en un supuesto de resolución contractual.

2.5.2. Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al proceso arbitral

Este supuesto recoge una medida cautelar genérica que hace especial énfasis al daño actual o inminente que ocasionaría al demandante el no dictado de la medida o que se ordene la no realización de ciertos actos que afectaría al proceso arbitral y concretamente a la eficacia del laudo que eventualmente se emita. Este tipo de pedido de cautelar se centra en el requisito del peligro en la demora. Esta medida cautelar podría ser pertinente y adecuada para los casos en que la materia controvertida se perjudicará de tal manera con las acciones que realice la parte contraria, que por ello se debe impedir que se agrave la situación o se ocasione un daño irreparable.

2.5.3. Que proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente

Este tipo de medida cautelar tiene por objeto un fin conservativo, en el que se pretende la afectación de ciertos bienes, que permitan en un fu-

turo ejecutar lo que se ordene en laudo arbitral. En este supuesto podrían encontrarse las medidas de embargo sobre bienes de propiedad del demandado.

2.5.4. Que preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia

Esta medida cautelar tiene por objeto preservar medios de prueba que podrían ser relevantes e idóneos para resolver la materia controvertida. Más que un pedido cautelar propiamente dicho, tiene naturaleza de prueba anticipada, que es una institución procesal que busca resguardar un medio probatorio relevante y útil, que se actuará a futuro en un proceso principal. Este tipo de medida cautelar podría darse en el caso que se requiera acceder a documentos relevantes que están en poder del demandado o de un tercero, que podrían «desaparecer» o «perjudicarse» durante el trámite del proceso arbitral.

2.5.5. Anotación de acto inscribible en Registros Públicos

Finalmente, a propósito de la modificación realizada al artículo 39 de la Ley de Arbitraje,[37] se estableció que en los casos en que la demanda arbitral o en la reconvención traten sobre actos o derechos inscribibles en Registros Públicos, el Tribunal Arbitral solicitará la anotación de la existencia del proceso arbitral (lo que sería una medida de anotación de la demanda o de la reconvención) en la partida registral vinculada a la eventual ejecución de laudo. Este pedido se hace dentro de los cinco (5) días hábiles posteriores a la admisión de la demanda o de la reconvención.

Esta medida de anotación de existencia del proceso arbitral tiene los siguientes efectos: i) no imposibilita la extensión de asientos registrales en la partida registral; ii) otorga prioridad y prevalencia respecto de

[37] Modificación realizada a través del artículo 2 del Decreto Legislativo n.° 1231, publicado el 26 de septiembre de 2015.

cualquier asiento registral posterior con dicha anotación, cuando su contenido sea incompatible con el laudo inscrito.

Ahora bien, continuando con la regulación de medidas cautelares, la resolución del tribunal arbitral que se pronuncia respecto a la solicitud cautelar puede adoptar o no la forma de laudo, lo cual dependerá de lo que decida cada tribunal.

A diferencia de lo que ocurre cuando se solicita la medida cautelar ante el Poder Judicial,[38] el artículo 47.3 de la Ley de Arbitraje señala que el tribunal arbitral antes de resolver la solicitud cautelar, deberá ponerla en conocimiento de la otra parte. sin embargo, si la parte solicitante justifica que no se debe poner en conocimiento de la otra parte la solicitud cautelar, el tribunal podría omitir ese trámite y resolver directamente.

Como puede apreciarse la regla en el arbitraje es que antes de que el tribunal arbitral se pronuncie sobre la solicitud cautelar, debe ponerla en conocimiento de la contraparte; excepcionalmente, el tribunal podrá decidir que ello no es necesario y resolver directamente la medida cautelar. Una vez dictada la medida cautelar, la parte afectada podrá interponer recurso de reconsideración.

Dentro de las facultades que la Ley de Arbitraje le otorga al tribunal arbitral para el dictado de medidas cautelares, puede exigir a cualquiera de las partes que informen todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron el otorgamiento de la medida cautelar.

---

38 Con relación a considerar que la regla para el dictado de una medida cautelar es que se haga sin conocimiento de la parte afectada (*inaudita altera pars*) porque con ello se busca evitar que el demandado pueda realizar actos que perjudiquen la posibilidad de trabar dichas medidas, Zela Villegas menciona que en otros ordenamientos jurídico no se considera ello como una regla, sino que ocurre todo lo contrario. Es decir, que para pronunciarse respecto a la procedencia de una otorgar una medida en sede judicial, el juez debe poner en conocimiento de la parte afectada, la solicitud cautelar. Ver: ZELA VILLEGAS, Aldo. El derecho de contradicción e impugnación en el procedimiento cautelar. En *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica, n.° 137, p. 210 y ss.

Situación que está directamente relacionada con la provisionalidad e instrumentalidad de la medida cautelar, ya que la misma podrá ser variada de acuerdo al cambio de las circunstancias que determinaron su dictado, ya sea ampliándola, modificándola o dejándola sin efecto.

De otro lado, la Ley de Arbitraje señala en el artículo 47.8 que si el tribunal arbitral —luego de haber dictado la medida cautelar— determina por ciertas circunstancias- que no debió otorgarla, hará responsable al solicitante de los costos y de los daños y perjuicios que haya ocasionado dicha medida a alguna de las partes. Indicando que el tribunal arbitral podría condenar al solicitante, en cualquier momento de las actuaciones, al pago de los costos y de los daños y perjuicios.

A lo que se estaría refiriendo la norma es a la ejecución de la contracautela y al hecho que la misma debe estar debidamente sustentada. Es decir, los costos y daños y perjuicios que habría ocasionado la medida cautelar indebidamente otorgada deben estar acreditados. Lo que no especifica la norma es cómo se daría la ejecución de la contracautela, debemos presuponer que al menos se le otorgará la oportunidad a la parte solicitante de cuestionar los costos y daños y perjuicios que se le pretende imputar.

De otro lado, el artículo 49.7 de la Ley de Arbitraje señala que, para el caso de los arbitrajes internacionales, las partes durante el desarrollo del proceso arbitral, puede pedir medidas cautelares ante el Poder Judicial, previa autorización del Tribunal Arbitral; con lo cual, estaríamos ante una probable concurrencia de medidas cautelares dictadas por los árbitros y de los jueces, siendo potestad de los primeros autorizar que se planteen las medidas antes los jueces. Similar disposición no existiría para el caso de los arbitrajes nacionales.

Con base en todo lo expuesto, podemos advertir que en materia arbitral nos encontramos ante un esquema cautelar cooperativo-

concurrente,[39] en el que tanto los jueces como los árbitros tienen facultades para dictar medidas cautelares, la cual puede ser ejercida dependiendo de la constitución del tribunal arbitral.

2.6. Sobre el Decreto de Urgencia n.° 020-2020

Habiendo descrito los escenarios para solicitar medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral y luego de que este se ha constituido, quisiéramos llamar la atención sobre una norma que fue expedida en el mes de enero de 2020 y que pensamos que se derogaría —una vez instalado el nuevo Congreso—; sin embargo, el 11 de marzo de 2020 se declaró la pandemia por el Covid-19 y la norma pasó a un segundo plano dentro de las urgencias legislativas.

Nos referimos al Decreto de Urgencia n.° 020-2020 —publicado en el diario oficial *El Peruano* el 24 de enero de 2020— por el cual se aprobaron diversas modificaciones a la Ley de Arbitraje.

El sustento para estas modificaciones era el siguiente: «[…] la normativa vigente en materia de arbitraje es idónea para arbitrajes entre particulares […]; sin embargo, dadas las particularidades de los arbitrajes en que el Estado peruano interviene como parte, no resulta adecuada para asegurar la transparencia de los procesos y evitar así actos de corrupción o situaciones que afectan los intereses del Estado y que generan graves consecuencias económicas para el país».

Un primer tema que nos debiera llamar la atención es si la modificación a la Ley de Arbitraje encajaba dentro de los supuestos que se pueden regular a través de un Decreto de Urgencia, conforme a los artículos 118 y 135 de la Constitución. En segundo lugar, si el objeto de la norma era introducir modificaciones a los procesos arbitrales en los que interviene el Estado, era más razonable modificar la Ley de

[39] Tal como lo denomina ARIANO DEHO, E. En *Arbitraje, tutela cautelar e imparcialidad "objetiva" del juzgador: un tema para el debate*, p. 19.

Contrataciones del Estado, Ley n.° 30225 (TUO aprobado por Decreto Supremo n.° 082-2019-EF) y su Reglamento (aprobado por º Decreto Supremo n.° 344-2018-EF), que regula disposiciones especiales para los arbitrajes en materia de contratación pública, en los cuales participa el Estado, que la Ley de Arbitraje que establece disposiciones de carácter general para todo tipo de arbitraje.

Pues bien, dentro de estas modificaciones se encuentra la del numeral 2) del artículo 8 de la Ley de Arbitraje, por el cual se establece que: «En los casos en los que el Estado peruano es la parte afectada con la medida cautelar, se exige como contracautela la presentación de una fianza bancaria y/o patrimonial solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la entidad pública afectada, por el tiempo que dure el proceso arbitral. El monto de la contracautela lo establece el juez o el tribunal arbitral ante quien se solicita la medida cautelar, dicho monto no debe ser menor a la garantía de fiel cumplimiento. La ejecución de la carta fianza se establece conforme a lo resuelto por el juez o el tribunal arbitral, según corresponda».

Como puede apreciarse, la norma exige como contracautela, en aquellos casos en que el Estado peruano es demandado en un arbitraje, la presentación de una fianza bancaria y/o patrimonial con todas las características mencionadas, no pudiendo el demandante otorgar ningún otro tipo de contracautela, como podría ser el caso de la caución juratoria. Como hemos mencionado, la contracautela tiene por objeto resarcir al demandado —que es afectado con una medida cautelar— por los posibles daños y perjuicios que pudiera ocasionar la ejecución de la medida cautelar. Es decir, que en el caso que no se produzca o no se acredite daño alguno a la parte demandada, la contracautela no se ejecutaría.

Siendo cuestionable la exigencia de un solo tipo de contracautela para el otorgamiento de una medida cautelar, resulta aún más discrimi-

natorio y atentatorio al derecho a un debido proceso y a una tutela cautelar efectiva para la contraparte en un contrato celebrado con el Estado, que se establezca que el monto de dicha contracautela no debe ser menor a la garantía de fiel cumplimiento del Contrato materia de cuestionamiento, sin tomar en cuenta el objeto de una contracautela, ni la pretensión que será discutida en el arbitraje.

Así, por ejemplo, en un contrato donde la garantía de fiel cumplimiento es por la suma de S/ 10 000 000 y la cuantía de la pretensión en el futuro arbitraje será el cuestionamiento a ciertas penalidades por la suma de S/ 1 000 000; pues, en ese caso, al demandante no le quedará mayor alternativa que ofrecer como contracautela el monto de S/ 10 000 000. Ello, es simplemente abusivo y contrario a todo principio de razonabilidad.

Incluso, este requisito no solo sería exigido para el pedido de medidas cautelares ante los jueces competentes —si es que el tribunal arbitral no ha quedado constituido—, sino que también podría ser exigido por el tribunal arbitral en los casos que el demandante solicite una medida cautelar ante dicho fuero arbitral. La norma no hace distinción alguna.

Consideramos que esta modificación resulta contraria al derecho a una tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso, reconocidos en el artículo 139 de la Constitución, ya que se exige a una de las partes en un arbitraje un requisito discriminatorio, injustificado y desproporcionado a la finalidad que busca resguardar la contracautela, en el otorgamiento de una medida cautelar. En tal sentido, existen argumentos sólidos para que ante una eventual solicitud de medida cautelar —durante la vigencia del decreto de urgencia— el juez o tribunal arbitral al amparo del artículo 138 de la Constitución ejerza control difuso y declare la inaplicación de la modificación del numeral 2), respecto a la exigencia de esta contracautela.

La transparencia de los procesos y el hecho de evitar actos de corrupción que afecten los intereses del Estado en los arbitrajes —a raíz de los lamentables sucesos por todos conocidos—, no puede significar el desconocer principios y derechos constitucionales respecto al tema cautelar, ya que en la práctica esta exigencia legal dificultará —y de ser el caso, impedirá— la obtención de cualquier medida cautelar en un arbitraje contra el Estado, volviendo infructuoso el laudo arbitral favorable que pudiera obtenerse en un futuro.[40]

Esperemos que una vez superada la crisis sanitaria y política por la que atravesamos, se puedan dar cuenta de los Dictámenes de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso, y se proceda a la derogatoria del decreto de urgencia respecto al extremo comentado.

3. CONCLUSIONES

- A pesar de que el arbitraje nace del acuerdo de las partes, el Tribunal Constitucional peruano reconoce el carácter jurisdiccional del arbitraje, en función a su reconocimiento constitucional como mecanismo de solución de controversias para los justiciables. En tal sentido, las características que se predican respecto a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al debido proceso son plenamente aplicables en el ámbito del arbitraje y al laudo que se emita para la resolución de las controversias.

- El derecho a la tutela jurisdiccional es definido como el derecho a que toda persona pueda acceder a los órganos jurisdiccionales para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso. Y uno de los grados de efectividad

[40] A la fecha, existe un Dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República que propone derogar el segundo párrafo al inciso 2 del artículo 8 y el artículo 50-A del Decreto Legislativo n.° 1071, Ley de Arbitraje; modificaciones que fueron introducidas por el Decreto de Urgencia n.° 020-2020.

de la tutela jurisdiccional está vinculada a que la decisión adoptada por un órgano jurisdiccional será ejecutada. Lo cual significa adoptar las medidas idóneas para garantizar que lo resuelto en una sentencia (o laudo arbitral) efectivamente se cumpla.

- Teniendo en cuenta que el arbitraje concluye con la emisión del laudo arbitral, es innegable que será necesario que se despliegue la tutela cautelar con el fin de que lo que se resuelva en el laudo arbitral sea plenamente ejecutable y que no sea afectado por el tiempo que demorará la obtención dicho pronunciamiento definitivo que acoja de manera favorables sus pretensiones.

- La Ley de Arbitraje regula la posibilidad de que las partes soliciten medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral ante el Poder Judicial, y una vez que se haya constituido el tribunal arbitral, establece una relación de colaboración entre el Poder Judicial y los árbitros en el dictado de dichas medidas cautelares. Asimismo, la Ley de Arbitraje regula la posibilidad de que las partes soliciten medidas cautelares directamente al tribunal arbitral, regulando hasta 5 supuestos que pueden ser tutelados a través de estas medidas.

- De otro lado, antes de la constitución del tribunal arbitral, las partes que se someten a los reglamentos de ciertos centro de arbitraje podrían solicitar medidas cautelares ante un árbitro de emergencia, siguiendo los procedimientos establecidos en dichos Reglamentos. El hecho de que las partes cuenten con el derecho de plantear medidas cautelares ante el árbitro de emergencia no impide que las partes puedan solicitar medidas cautelares ante el Poder Judicial; ello, sin duda, dependerá de la naturaleza del pedido cautelar que las partes pretendan en dicho arbitraje y si se requiere —por ejemplo— para la ejecución de la medida, el uso de la fuerza pública.

- En tal sentido, podemos afirmar que en materia arbitral nos encontramos ante un esquema cautelar de tipo cooperativo-concurrente, en el que tanto los jueces como los árbitros tienen facultades para dictar medidas cautelares, la cual puede ser ejercida dependiendo de la constitución del tribunal arbitral.

- Finalmente, consideramos que la modificación introducida por el Decreto de Urgencia n.° 020-2020, respecto al requisito de la contracautela, resulta contraria al derecho a una tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso, ya que se exige a una de las partes en un arbitraje un requisito discriminatorio, injustificado y desproporcionado a la finalidad que busca resguardar la contracautela, en el otorgamiento de una medida cautelar. Consideraos que existen argumentos sólidos para que ante una eventual solicitud de medida cautelar el juez o tribunal arbitral al amparo del artículo 138 de la Constitución ejerza control difuso y declare la inaplicación de la modificación del numeral 2), respecto a la exigencia de esta contracautela.

4. BIBLIOGRAFÍA

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Sao Paulo: Saraiva, 1999, 2.ª edición, vol. I.

AMPRIMO PLÁ, Natale. La tutela cautelar arbitral. En *Ius Et Praxis*, (44), 2013, pp. 59-79.

ARIANO DEHO, Eugenia. «Arbitraje, tutela cautelar e imparcialidad "objetiva" del juzgador: un tema para el debate». En *Athina*, (010), 2013, pp. 107-125.

CALAMANDREI, Piero. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. Buenos Aires: Edit. Bibliográfica Argentina, 1945.

CARPENA, Marcio Louzada. *Medidas liminares no proceso cautelar*. En *Revista Jurídica*. Porto Alegre, año 47, n.º 263, 1999.

CASAVERDE, Fiorella. «Medidas cautelares en el arbitraje». *Foro jurídico*. Lima, 2021, n.° 18, pp. 166-180.

FAZZALARI, Elio. *L'arbitrato*. Torino: Edit. Torinese, 1997.

GARCÍA CALDERÓN, Gonzalo. «Validez del sometimiento de una persona jurídica a Arbitraje». En *Derecho & Sociedad*, n.° 23.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *El arbitraje*. México: Editorial Porrúa, 2014, 4.ª edición.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*. Madrid: Editorial Civitas, 1985, 2.ª edición, 1985.

MONROY PALACIOS, Juan José. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima: Comunidad, 2002.

MONROY PALACIOS, Juan José. *La tutela procesal de los derechos*. Lima: Palestra Editores, 2004, 1.ª edición.

PRIORI POSADA, Giovanni F. *La tutela cautelar. Su configuración como derecho fundamental*. Lima: ARA Editores, 2006.

PRIORI POSADA, Giovanni F. «La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: Hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso». *Ius et Veritas,* 2003, *13*(26).

ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: Bosch, 1992.

ZELA VILLEGAS, Aldo. «El derecho de contradicción e impugnación en el procedimiento cautelar». En *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica, n.° 137, p. 210 y ss.

LA TRAYECTORIA DE LA LEY DE ARBITRAJE BRASILEÑA

Silvia Rodrigues Pachikoski *

Sumario: 1. Introducción.— 2. Ley n.° 13.129/2015 y sus reflejos en la Ley de Arbitraje brasileña.— 3. Actuales discusiones en el ámbito del arbitraje en el escenario brasileño.— 4. Conclusión.— 5. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

La institución del arbitraje forma parte de nuestro ordenamiento desde la época del Brasil Imperial. La Constitución del Imperio, de 1824, establecía el derecho de las partes de nombrar árbitros para solucionar sus cuestiones. El Código Comercial de 1850 también disponía, en sus artículos 245[1] y 294,[2] la posibilidad de someter cuestiones al arbitraje.

A pesar de la práctica y del reconocimiento desde el Imperio, solamente se promulgó la Ley de Arbitraje brasileña en el año 1996 —Ley

---

* Abogada formada por la Universidad de São Paulo, con casi 30 años de experiencia, socia de L.O. Baptista Advogados, vicepresidente del CAM-CCBC, coordinadora de la Comissão de Assuntos Legislativos (Comisión de Asuntos Legislativos) del CBAR, miembro de la Comissão de Juristas para Reforma da Lei de Arbitragem (Comisión de Juristas para Reforma de la Ley de Arbitraje), consejera electa y directora de la AASP-Associação dos Advogados de São Paulo (Asociación de Abogados de São Paulo). Ha actuado como árbitra en diversos procedimientos nacionales e internacionales, miembro de la lista de árbitros de las principales cámaras del mercado.

1 Artículo 245.- «Todas las cuestiones que resultaren de contratos de arriendo mercantil serán decididas por el tribunal arbitral».

2 Artículo 294.- «Todas las cuestiones sociales que se suscitaren entre socios durante la existencia de la sociedad o compañía, su liquidación o partición, se decidirán en juicio arbitral».

n.° 9.307/1996— que tuvo como autores y protagonistas a Carlos Alberto Carmona, Selma M. Ferreira Lemes y Pedro Batista Martins, contando también con la participación de nuestro recordado profesor Petrônio Muniz.

Tras la promulgación de la Ley, se establecieron diversas discusiones doctrinarias y jurisprudenciales para validar si la utilización del arbitraje limitaría o no el derecho de acceso a la justicia y su carácter ineludible, amparado por el inciso XXXV, al artículo 5, de la Constitución Federal brasileña.[3]

Fue tan solo en el año 2001, por ocasión del proceso de homologación de Sentencia Extranjera —SE n.° 5206—, en proceso patrocinado por el bufete brasileño L.O. Baptista Advogados, que el Supremo Tribunal Federal declaró la constitucionalidad de la Ley, reconociendo la inexistencia de ofensa o lesión al derecho constitucionalmente garantizado.[4]

---

[3] Artículo 5.- «Todos son iguales ante la ley, sin distinción de ninguna naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los términos siguientes: XXXV. La ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial lesión o amenaza al derecho».

[4] «Por mayoría de votos, el Plenario del Supremo Tribunal Federal juzgó hoy (12/12) un recurso en proceso de homologación de Sentencia Extranjera (SE 5206), considerando constitucional la Ley de Arbitraje (Ley n.° 9307/96). La ley permite que las partes puedan escoger un árbitro para solucionar litigios sobre derechos patrimoniales, siendo que el laudo arbitral resultante del acuerdo no precisa más ser homologado por una autoridad judicial. Ese es el caso piloto (*leading case*) sobre la materia. Se trata de una acción interpuesta a partir de 1995. La empresa, de origen extranjero, pretendía homologar un laudo de sentencia arbitral pronunciada en España, para que surtiera efectos en Brasil. Al principio, el pedido había sido denegado. Sin embargo, en 1996, se promulgó la Ley 9307, que dispensaría la homologación de ese laudo ante la justicia del país de origen. Durante el juicio del recurso, el ministro Moreira Alves levantó la cuestión de la constitucionalidad de la nueva ley. A pesar de que todos los ministros habían votado a favor del recurso, en el sentido de homologar el laudo arbitral español en Brasil, hubo discordancia respecto al incidente de inconstitucionalidad. Sepúlveda Pertence, el relator del recurso, así como Sydney Sanches, Néri da Silveira y Moreira Alves entendieron que la ley de arbitraje, en algunas de sus disposiciones, dificulta el acceso al Poder Judicial, derecho fundamental previsto por el artículo quinto, inciso XXXV, de la Constitución Federal. La corriente vencedora, por otro lado, considera la ley como un gran avance y no ve ninguna ofensa a la Carta Magna. El ministro Carlos Velloso, en su voto, subrayó que se trata de derechos patrimoniales y, por lo tanto, disponibles. Según él, las partes tienen la facultad de renunciar a su derecho a recurrir a la

A partir de entonces, el arbitraje cobró fuerza y forma, y la opción por la jurisdicción arbitral fue de tal tamaño que, en el año 2006, la Cámara de Comercio Internacional («CCI») divulgó que Brasil se clasificó en el cuarto lugar en el ranking mundial en número de partes envueltas en arbitrajes y en el primer lugar entre los países de América Latina.[5] Posteriormente, en 2018, la CCI comunicó que Brasil ocupó el tercer lugar en el ranking de los países usuarios del arbitraje internacional, mientras que Estados Unidos y Francia aparecieron se clasificaron en los primeros lugares, respectivamente.[6] En una visita a Brasil, el Profesor Horacio Grigera Naon confirmó, en 2010,[7] que Brasil vivía el frenesí del arbitraje.

El éxito tuvo su razón de ser, especialmente por la celeridad, la especialidad de los juzgadores, la confidencialidad y la seguridad conferidos por el arbitraje. En contrapartida, la jurisdicción estatal brasileña es larga en demasía. Son diversos los recursos que pueden interponerse contra las decisiones, lo que dificulta la conclusión del litigio, prolongándolo cada vez más. Un reciente estudio del Conselho Nacional de Justiça (Consejo Nacional de Justicia, «CNJ») divulgó que, en Brasil, el tiempo promedio de duración de procesos de conocimiento es de 7 (siete) años, apenas en primer grado.[8]

Justicia. «El inciso XXXV representa un derecho a la acción, y no un deber." El presidente del tribunal, ministro Marco Aurélio, tras el término del juicio, comentó la decisión diciendo esperar que se le dé confianza a la institución del arbitraje y, a ejemplo de lo que ocurrió en otros países, que esa práctica "se haga común también en Brasil". Según él, se presume una actuación de buena fe por parte de los árbitros, que deben estar registrados para ello». Disponible en <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=58198>.

5 De acuerdo con las informaciones disponibles en el *ICC International Court of Arbitration Bulletin* del año 2007.

6 Disponible en <https://www.icc-portugal.com/Noticias/estatisticas-da-arbitragem-da-cci-revelam-novos-recordes-em-2018>.

7 Durante evento realizado por la Cámara de Conciliación, Mediación y Arbitraje CIESP/FIESP.

8 Disponible en <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>, p. 180.

De esta forma, resulta comprensible la opción de muchos por la jurisdicción arbitral. El uso asiduo del mecanismo dio espacio a nuevas discusiones y parte de los usuarios defendían la necesidad de modernizar la Ley de Arbitraje brasileña. Así, en 2013, fue constituida por el Senado Federal la Comisión de Juristas[9] para la elaboración de una propuesta de reforma. La justificativa para la constitución de la comisión fue la de «ser fundamental que el país acompañe y se adapte a las nuevas exigencias de la realidad de negociación internacional, a fin de atender satisfactoriamente la complejidad de las relaciones jurídicas modernas».

En un comienzo, la reforma propuesta por el Proyecto de Ley n.° 7.108/14[10] tenía como objetivo la ampliación de la institución, sugiriendo la (i) ampliación de la institución para que la administración pública, directa e indirecta, pudiese valerse del arbitraje, (ii) interrupción de la prescripción por la instauración del arbitraje, (iii) posibilidad de que se dictaran sentencias parciales, (iv) posibilidad de que los árbitros prorrogasen el plazo para el pronunciamiento de la sentencia final y para que se manifestaran sobre el pedido de aclaraciones y (v) de expedir carta arbitral (vi) posibilidad de que las partes desestimaran la aplicación de reglamento de la institución arbitral que limite el nombramiento de árbitros, (vii) reglamentación para concesión de medidas precautorias y de urgencia ante el Poder Judicial antes de la institución del arbitraje, (viii) fijación de plazo para el inicio del conteo del plazo para interponer acción declaratoria de nulidad de sentencia arbitral e (ix) inclusión de convención de arbitraje en el estatuto social, siempre que se observe el

9 Que estuvo compuesta por los siguientes miembros: Ministro Luiz Felipe Salomão (presidente), Adacir Reis, Adriana Braghetta, André Chateaubriand Pereira Diniz Martins, Antonio Fichtner, Caio Cesar Rocha, Carlos Alberto Carmona, Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Eleonora Coelho, Ellen Gracie Northfleet, Francisco Maia Neto, José Francisco Antunes Maciel Müssnich, José Roberto de Castro Neves, José Rogério Cruz e Tucci, Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira, Marcelo Rossi Nobre, Marco Maciel, Roberta Maria Rangel, Pedro Paulo Guerra de Medeiros, Silvia Rodrigues Pereira Pachiskoski, Tatiana Lacerda Prazeres y Walton Alencar Rodrigues.

10 Disponible en <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0auzauuaosp0111p83tfyzg8p827862407.node0?codteor=1225529&filename=PL+7108/2014>.

quorum del art. 136 de las S.A. Todas las sugerencias se incorporaron de hecho.

Restaron sin aprobación las propuestas relativas a la utilización de la institución para disputas de relación de consumo[11] y, en algunas hipótesis, en el derecho laboral.[12] La decisión merece aplauso. Estas cuestiones deben mantenerse en esferas separadas. Esto porque, por mejor que sea la institución del arbitraje, no es un remedio para todos los males. El Poder Judicial, en lo que se refiere a las relaciones de consumo y laborales, funciona y lo hace bien.

En este trabajo no se pretende agotar el tema acerca de todas las modificaciones en la Ley de Arbitraje brasileña provenientes de la Ley n.° 13.129/2015, sino abordar las modificaciones significativas, que se detallarán más adelante, a fin de ilustrar el trayecto recorrido por la ley hasta ese punto.

2. LEY N.° 13.129/2015 Y SUS REFLEJOS EN LA LEY DE ARBITRAJE BRASILEÑA

Es importante señalar que la comunidad arbitral brasileña vio con mucho recelo la propuesta de cambio. Había una gran preocupación respecto al proceso legislativo y a la desestabilización del sistema vigente y objeto de tanto éxito.

Para evitar grandes rupturas e inestabilidad, la comisión de juristas revisó todos los puntos posibles aptos para modificación frente al sistema nacional y también al modelo Ley Modelo Uncitral y concluyó

11 Proyecto de Ley n.° 7.108/14, art. 4, §3º: «En la relación de consumo establecida por medio de contrato de adhesión, la cláusula compromisoria solo tendrá eficacia si el adherente toma la iniciativa de instituir el arbitraje o concuerda expresamente con su institución».

12 Proyecto de Ley n.° 7.108/14, art. 4, §4º: «Siempre y cuando el empleado ocupe o llegue a ocupar cargo o función de administrador o director estatutario, en los contratos individuales de trabajo podrá pactarse una cláusula compromisoria, que solo tendrá eficacia si el empleado toma la iniciativa de instituir el arbitraje o si concuerda expresamente con su institución».

que la mejor forma de actualización del texto legislativo sería reflejar en la ley las posiciones jurisprudenciales aceptadas en su mayoría por el Superior Tribunal de Justicia, así como pequeñas modificaciones cuyo objetivo era contribuir para la ampliación del uso del arbitraje en el país.

En su preámbulo, la Ley n.° 13.129/2015 anuncia su alcance: «ampliar el ámbito de aplicación del arbitraje y disponer sobre la elección de los árbitros cuando las partes recurren a un órgano arbitral, la interrupción de la prescripción por la institución del arbitraje, la concesión de tutelas cautelares y de urgencia en los casos de arbitraje, la carta arbitral y la sentencia arbitral […]».

Una de las principales modificaciones, si acaso no la principal, es la ya mencionada admisibilidad de los entes de la administración pública como partes sujetas a arbitraje, reflejada en el §1º del artículo 1.[13] Aunque la posibilidad de que la administración pública se someta al arbitraje cuenta con el reconocimiento doctrinario precedente a la Ley n. 13.129/2015, así como con la declaración de la posibilidad en diversas leyes dispersas[14] la inclusión fue necesaria para abrir el camino arbitral para los contratos con la Administración Pública en razón de decisiones y posicionamiento de Tribunales de Cuentas.

A pesar de que la modificación legislativa ha superado la alegación de algunos acerca de la supuesta inconstitucionalidad de la arbitrabilidad subjetiva del sector público en los contratos administrativos, todavía restan cuestiones que envuelven a la Administración Pública que son

13 Ley n.° 9.307/96. Art. 1.- «Las personas capaces de contratar podrán valerse del arbitraje para dirimir litigios relativos a derechos patrimoniales disponibles.
§1º La administración pública directa e indirecta podrá hacer uso del arbitraje para dirimir conflictos relativos a derechos patrimoniales disponibles».

14 Tales como: (i) Ley de Alianzas Público-Privadas (art. 11, III, Ley n.º 11.079/2004); (ii) Ley de los Puertos (art. 37, §§1º, 2º y 3º, y art. 62, §1º, Ley n.º 12.815/2013); (iii) Ley de Petróleo y Gas (art. 43, X, Ley n.° 9.478/1997); (iv) Ley de Concesiones (art. 23-A, Ley n.º 8.987/1995); (v) Ley de Transporte de Gas Natural (arts. 21, XI, 24, III, 48 y 49, *caput*, Ley n.º 11.909/2009).

objeto de grandes debates, tal como la observancia del principio de la publicidad, reflejado en el §3º del artículo 2.[15]

Otra inclusión relevante se refiere a la elección de los árbitros en los arbitrajes institucionales. Con la Ley n.° 13.129/2015, el §4° del artículo 13 pasó a tener la siguiente redacción: «Las partes, de común acuerdo, podrán renunciar a la aplicación de la disposición del reglamento del órgano arbitral institucional o entidad especializada que limite la elección del árbitro único, co-árbitro o presidente del tribunal a la respectiva lista de árbitros, autorizado el control de la elección por parte de los órganos competentes de la institución, siendo que en los casos de *impasse* y arbitraje multiparte, deberá observarse lo que disponga el reglamento aplicable».

La imposibilidad de que la lista de árbitros de la institución prevalezca sobre la voluntad de las partes generó gran recelo desde la perspectiva de las propias instituciones, que entienden que la lista de árbitros es una salvaguarda,[16] una forma de control de calidad, así como el escrutinio de la sentencia. De hecho, al delimitar a aquellos que juzgarán los casos, las instituciones arbitrales tienen mayor control de su reputación y, de cierta forma, de la calidad de las decisiones que se pronunciarán.

---

15 «§3º El arbitraje que involucre a la administración pública será siempre de derecho y respetará el principio de la publicidad».

16 En este sentido, Carlos Alberto Carmona defiende que: «Desde la perspectiva de seguridad para la entidad arbitral, la utilización de listas cerradas (todos los árbitros que compondrán el panel deben ser elegidos de entre aquellos que constan en una lista preaprobada por el órgano que administra el proceso) es ciertamente el criterio más cómodo: el órgano arbitral trabajará solamente con los árbitros de su confianza, ya probados, capaces de emitir buenas decisiones en plazos razonables. En este sistema cerrado, naturalmente el órgano arbitral tendrá mayor control sobre los árbitros, en el sentido de poder administrar mejor los costos, la calidad de la decisión y la duración del proceso arbitral, lo que contentará a las partes y funcionará como eficiente marketing, ya sea porque las partes divulgarán en el mercado la calidad y la eficiencia del servicio prestado, ya sea porque las estadísticas que publicará la entidad evidenciarán la capacidad de administrar un procedimiento con celeridad y con costo controlado. Teóricamente, puede ser una buena perspectiva; en la práctica, sin embargo, pocas entidades lograrán éxito con tal fórmula, en la medida en que no será fácil convencer a los litigantes sobre las ventajas de permitirles una elección muy limitada de juzgadores». (CARMONA, Carlos Alberto. «As listas de Árbitros». *Arbitragem e Mediação: a reforma da legislação brasileira*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 76).

No obstante, esta preocupación no es preponderante de la autonomía de la voluntad de las partes, que, como uno de los principios base del arbitraje, debe cumplirse.[17]

Las medidas precautorias y de urgencia fueron también escenario de debates emblemáticos antes de la promulgación de la Ley n.° 13.29/2015. Esto porque la Ley de Arbitraje brasileña dedicaba poquísimas líneas a dichas medidas precautorias.[18] El debate giró en torno de la competencia para apreciar las medidas mencionadas antes de que se instituyera el tribunal arbitral.

En el medio tiempo entre la promulgación de la Ley de Arbitraje brasileña y su reforma, el Superior Tribunal de Justicia[19] tuvo un importante papel en la aquiescencia del tema, con la aceptación de las medidas

---

17 Aunque haya un entendimiento distinto, como, por ejemplo, el expresado por Michael Pryles: «Other restrictions on party autonomy might arise where the parties select institutional arbitration but attempt to alter the rules of the administering body in a way which is unworkable or is not accepted by the administering body. Thus, for instance, if the parties provided for arbitration in accordance with the ICC Rules of Arbitration (ICC Rules) but provide that article 27 of the ICC Rules (which deals with scrutiny of awards by the ICC Court) will not apply; it is probable that the ICC Court would not accept the case as an ICC case. Court scrutiny of awards is an important feature of ICC arbitrations and the administering body is unlikely to agree to waive it». (PRYLES, Michael. «Limits to party autonomy in arbitral procedure». *Journal of International Arbitration*. La Haya-Londres: Kluwer Law International 2007, vol. 24, *issue* 3), pp. 327-339.

18 El antiguo párrafo 4 del artículo 22 establecía que: «Salvo lo dispuesto en el §2º, habiendo necesidad de medidas coercitivas o precautorias, los árbitros podrán solicitarlas al órgano del Poder Judicial que sería, originalmente, competente para juzgar la causa».

19 A modo de ejemplo, Recurso Especial n.° 1.297.974/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 19/06/2012. «Derecho procesal civil. arbitraje. Medida precautoria. Competencia. Tribunal arbitral no constituido. 1. El tribunal arbitral es competente para procesar y juzgar pedido cautelar formado por las partes, limitándose, sin embargo, al asentimiento de la tutela, estando impedido de dar cumplimiento a las medidas de naturaleza coercitiva, las cuales, habiendo resistencia de la parte de acoger la determinación del árbitro o árbitros, deberán ser ejecutadas por el Poder Judicial, a quien se reserva el poder de *imperium*. 2. En la pendencia de la constitución del Tribunal Arbitral, se admite que la parte pida auxilio al Poder Judicial, por intermedio de una medida de naturaleza cautelar, para asegurar el resultado útil del arbitraje. 3. Superadas las circunstancias temporales que justifican la intervención de contingencia del Poder Judicial y considerando que la celebración del compromiso arbitral implica, como regla, la derogación de la jurisdicción estatal, los autos deben ser prontamente enviados al tribunal arbitral, para que este asuma el proceso de la acción y, si fuera pertinente, vuelva a apreciar la tutela

cautelares preparatorias y el respeto al principio *kompetenz-kompentez*, y juntamente con la doctrina[20] superaron la referida laguna. Y fue ese el entendimiento aceptado por la Ley n. 13.129/2015, que revocó el §4º del artículo 22 e incluyó los artículos 22-A[21] y 22-B[22] en la Ley de Arbitraje brasileña.

Con las modificaciones introducidas, la legislación brasileña le dio preferencia al árbitro para apreciar las medidas precautorias y de urgencia, siendo del Poder Judicial la competencia para apreciarlas precariamente, admitiéndose tan solo si hubiera necesidad de pleitearlas antes de que se instituya el arbitraje, salvo raras excepciones. Una vez instituido el arbitraje, le corresponde al árbitro apreciar las tutelas concedidas por la jurisdicción estatal, revocándolas o manteniéndolas.

El momento que precede a la institución del arbitraje, como es el caso de las medidas precautorias y de urgencia, no es la única ocasión en la que hay interacción entre el Poder Judicial y el arbitraje. Esta también

---

conferida, manteniendo, alterando o revocando la respectiva decisión. 4. En situaciones en las cuales el tribunal arbitral esté transitoriamente impedido de manifestarse, dejan de cumplirse provisoriamente las reglas de competencia, sometiéndose el pedido de tutela cautelar al tribunal estatal; pero esa competencia es precaria y no se prorroga, subsistiendo solamente para el análisis del pedido preliminar». En el mismo sentido, Recurso Especial n.° 1.325.847, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 05/03/2015.

20 Según Carlos Alberto Carmona: «la competencia del juez de derecho, por lo tanto, quedará supeditada en la hipótesis vista anteriormente solamente al análisis de la medida de emergencia pasando la dirección del proceso en la secuencia a los árbitros, una vez que se instituya el arbitraje (es decir, una vez que los árbitros acepten el encargo). Por esta razón, el autor debe, al promover la demanda cautelar, informar siempre al juez de derecho acerca de su incompetencia, explicando que la demanda principal será arbitral». (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.° 9.307/1996*. 3 ed. ver. y ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 331).

21 Artículo 22-A.- «Antes de instituirse el arbitraje, las partes podrán recurrir al Poder Judicial para la concesión de una medida precautoria o de urgencia. Párrafo único. Cesa la eficiencia de la medida precautoria o de urgencia si la parte interesada no solicita la institución del arbitraje en el plazo de 30 (treinta) días, contados desde la fecha en que se hace efectiva la respectiva decisión».

22 Artículo 22-B.- «Instituido el arbitraje, corresponderá a los árbitros mantener, modificar o revocar la medida precautoria o de urgencia concedida por el Poder Judicial. Párrafo único. Estando ya instituido el arbitraje, la medida precautoria o de urgencia se solicitará directamente a los árbitros».

puede ocurrir durante o después del arbitraje, por medio de la carta arbitral. Este mecanismo de cooperación jurisdiccional innovador fue introducido por el artículo 22-C,[23] tras la reforma de la ley.

La innovación es saludable, considerando que los árbitros tienen *imperium mixtum* y no *imperium merum*.[24] Es decir, solamente pueden ordenar actos de ejecución indirecta. Por eso, puede decirse que, durante el arbitraje, la interacción entre las jurisdicciones es mucho más en el sentido de cooperación, ya que se le solicita al juez que complemente la decisión del árbitro debido a la falta de poder coercitivo de este.

Además de las relevantes modificaciones en la Ley de Arbitraje brasileña mencionadas anteriormente, otras tres significativas innovaciones merecen destaque, siendo estas: la posibilidad de pronunciamiento de sentencia parcial, la regulación de la interrupción de la prescripción con la instauración del arbitraje y los arbitrajes que envuelven sociedades anónimas.

En lo que respecta a la sentencia parcial, aunque no hubiera previsión expresa en la Ley de Arbitraje brasileña antes de su reforma que

---

23 Artículo 22-C.- «El árbitro o el tribunal arbitral podrá expedir carta arbitral para que el órgano jurisdiccional nacional practique o determine el cumplimiento, en el área de su competencia territorial, de acto solicitado por el árbitro. Párrafo único. En el cumplimiento de la carta arbitral se observará el secreto de justicia siempre que se compruebe la confidencialidad estipulada en el arbitraje».

24 JARROSSON, Charles. «Réflexions sur l'imperium». *Etudes offertes à Pierre Bellet*. Paris: LGDJ, 1987, p. 246.

prohibiese su pronunciamiento,[25] la inclusión del §1º en el artículo 23[26] consagró lo que se aceptaba en el proceso brasileño, permitiendo, así, la bifurcación del procedimiento arbitral, como, por ejemplo, para análisis y decisión del *an debeatur* y *quantum debeatur* en momentos distintos.

Con relación a la prescripción, la Ley n.° 13.129/2015 innovó al inserir el §2º en el artículo 19,[27] de modo que pasó a haber previsión expresa acerca de la institución del procedimiento arbitral como causa de interrupción de la prescripción. Para fines de la prescripción, se debe considerar el momento de la «institución del arbitraje» en los términos del *caput* del artículo 19, o sea, cuando se ha aceptado el nombramiento del árbitro único o del tercer árbitro que compondrá el tribunal arbitral.[28]

---

25 Incluso, antes de la reforma de la ley, el Superior Tribunal de Justicia había manifestado un posicionamiento acerca de la posibilidad de sentencias arbitrales parciales. «Pronunciamiento de sentencia arbitral parcial. Admisión, con base en la Ley n.° 9.307/96 (incluso, antes de las alteraciones promovidas por la Ley n.° 13.129/2015), en el Código de Proceso Civil (con redacción dada por la Ley n.° 11.232/2005) y, principalmente, en el reglamento de arbitraje acordado expresamente por los signatarios del compromiso arbitral (Uncitral) […] 1. En al ámbito del procedimiento arbitral, en los términos de la Ley n.° 9.307/96 (incluso antes de las alteraciones promovidas por la Ley n.° 13.129/2015), no existe ningún obstáculo para el pronunciamiento de sentencia arbitral parcial, especialmente en la hipótesis de que las partes signatarias así lo establezcan (naturalmente con la elección del Reglamento de Arbitraje que lleguen a acordar), tampoco existe incongruencia con el sistema procesal brasileño, especialmente a partir de la reforma del Código de Proceso Civil, establecida por la Ley n.° 11.232/2005, en donde pasó a definirse "sentencia", conforme redacción dada al §1º del art. 162, como acto del juez que redunde en cualesquiera de las situaciones que constan en los arts. 267 y 269 de la misma disposición legal. 1.1. Al llevarse la definición de la sentencia (dada por la Ley n.° 11.232/2005) a la Ley n.° 9.307/96, debe reconocerse, por lo tanto, la absoluta admisión, en el ámbito del procedimiento arbitral, de pronunciar sentencia parcial, comprendida esta como el acto de los árbitros que, en definitivo (es decir, finalizando el arbitraje en la extensión de lo que acabó por ser decidido), resuelve parte de la causa, con fundamento en la existencia o no del derecho material alegado por las partes o en la ausencia de los presupuestos de admisibilidad de la tutela jurisdiccional pleiteada […]». (STJ, 3ª T., Resp. n.° 1.519.041, Rel. Min. Marco Aurélio Bellize, DJe 11/9/2015).

26 Artículo 23.- «[…]. §1º. Los árbitros podrán emitir sentencias parciales».

27 Artículo 19.- «[…] §2°. La institución del arbitraje interrumpe la prescripción, siendo retroactiva a la fecha de la solicitud de instauración del arbitraje, aunque extinguido el arbitraje por ausencia de jurisdicción».

28 «De acuerdo con el art. 19 de la Ley n.º 9.307/96, "se considera instituido el arbitraje cuando se acepta el nombramiento por el árbitro, si fuera único, o por todos, si fueren varios". Siendo así, bajo la hipótesis específica de los autos, se debe entender instituido el tribunal arbitral el 26.03.2010, fecha en la que el último árbitro aceptó el encargo». (STJ, 3ª T., EDCl en el REsp n.º 1.297.974, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 4/9/2012).

Por fin, la última innovación se refiere a las sociedades mercantiles, artículo 3 de la Ley n.° 13.129/2015,[29] que añadió el artículo 136-A[30] en la Ley n.° 6.404/1976 (Ley de las Sociedades Anónimas), para garantizar la inserción de cláusula compromisoria en el estatuto social de la compañía, así como la posibilidad de que el accionista disidente se retire de la sociedad mediante reembolso del valor de sus acciones. Por medio de esa inserción, a pesar de otras dudas, la disposición terminó la discusión acerca de la vinculación de los accionistas a la cláusula compromisoria estatutaria.

Como se ha visto, la reforma de la Ley de Arbitraje, sin duda, se basó en la experiencia práctica de lo ocurrido en el transcurso de los años desde su entrada en vigor. La Comisión de Juristas constituida para reformarla tomó la cautela necesaria para no arriesgar el éxito de la institución del arbitraje en Brasil. No obstante, existe un posicionamiento en el sentido de que otras cuestiones deberían haber sido contempladas por la reforma, tales como el plazo de decadencia,[31] el efecto negativo

---

29 Artículo 136-A.- «La aprobación de la inserción de convención de arbitraje en el estatuto social, observado el *quorum* del art. 136, obliga a todos los accionistas, estando asegurado al accionista el derecho de retirarse de la compañía mediante el reembolso del valor de sus acciones, en los términos del art. 45.

§1º La convención solamente tendrá eficacia después del transcurso del plazo de 30 (treinta) días, contados desde la publicación del acta de la asamblea general que la provocó.

§2º El derecho de retirada previsto en el *caput* no será aplicable:

I. Caso la inclusión de la convención de arbitraje en el estatuto social represente condición para que los valores mobiliarios de emisión de la compañía sean admitidos para la negociación en un segmento de acciones negociadas en la bolsa de valores o de mercado extrabursátil organizado que exija dispersión accionaria mínima del 25% (veinticinco por ciento) de las acciones de cada especie o clase;

II. Caso la inclusión de la convención de arbitraje se efectúe en el estatuto social de una compañía abierta cuyas acciones sean dotadas de liquidez y dispersión en el mercado, según los términos de las líneas "a" y "b" del inciso II del art. 137 de esta Ley».

30 Artículo 136-A.- «La aprobación de la inserción de convención de arbitraje en el estatuto social, observado el *quorum* del art. 136, obliga a todos los accionistas, asegurado al accionista disidente el derecho de retirarse de la compañía mediante el reembolso del valor de sus acciones, en los términos del art. 45».

31 BASILIO, Ana Tereza, Alexandre FREIRE y Thiago RODOVALHO. *Modernização da Lei de Arbitragem-algumas reflexões*. Arbitragem: Estudos sobre a Lei n.° 13.129, de 26-5-2015. Organizadores Francisco José Cahali, Thiago Rodovalho, Alexandre Freire. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 58.

del principio de la competencia-competencia,[32] la revelación de los árbitros y el momento de su impugnación,[33] a modo de ejemplo.

Por mejor que haya sido el cambio legislativo, es evidente que no todas las cuestiones fueron resueltas y que muchas otras surgirán con la práctica. Aunque la reforma haya ocurrido recientemente, ya se han suscitado otros puntos de duda que están actualmente en evidencia. Esos son los ítems que se abordarán en el capítulo siguiente.

3. ACTUALES DISCUSIONES EN EL ÁMBITO DEL ARBITRAJE EN EL ESCENARIO BRASILEÑO

La transparencia en el arbitraje es un asunto que está de moda en el escenario mundial. En un reciente evento, el entonces presidente de la CCI, Alexis Mourre, al referirse a la importancia de la transparencia, mencionó las políticas introducidas en el ámbito de la CCI relativas a la transparencia,[34] especialmente en lo que concierne a la publicación de las sentencias.[35] En Brasil, no de forma diferente, el tema ha sido ampliamente debatido.

---

32 GALÍNDEZ, Valeria. *O novo marco legal da arbitragem no Brasil: é suficiente?* A reforma da arbitragem/Ana Carolina Weber... [*et al*]; coordenação Leonardo de Campos Melo, Renato Rezende Beneduzi. Río de Janeiro: Forense, 2016, pp. 705-706.

33 GALÍNDEZ, Valeria. *O novo marco legal da arbitragem no Brasil: é suficiente?* A reforma da arbitragem / Ana Carolina Weber ... [*et al*]; coordenação Leonardo de Campos Melo, Renato Rezende Beneduzi. Río de Janeiro: Forense, 2016, pp. 707-709.

34 En 2019, la ICC lanzó una nueva actualización de su «*Note to parties and arbitral tribunals on the conduct of the arbitration under the ICC Rules of Arbitration*». Las dos innovaciones con relación a la transparencia se introdujeron para constar que, a partir del 1º de julio de 2019, la información existente en la página web de la Corte de la ICC relativa a la composición de los tribunales ICC se refuerza por la inclusión del sector de la industria envuelto y por la identidad del consejero que presenta las partes (par. 36); a partir de la misma fecha, todas las sentencias arbitrales podrán publicarse hasta dos años después de su notificación, con base en el procedimiento *opt-out* (pars. 40-46).

35 «41. Parties and arbitrators in ICC arbitrations accept that ICC awards made as from 1 January 2019 may be published according to the following provisions.
42. The Secretariat will inform the parties and arbitrators, at the time of notification of any final award made as from 1 January 2019, that such final award, as well as any other award and dissenting or concurring opinion made in the case, may be published in its entirety no less than

La esencia de la cuestión ha sido encontrar el punto de equilibrio entre la confidencialidad —característica que se puede considerar inherente a la institución— y la tan anhelada transparencia. La línea divisoria entre uno y otro es tenue.

En Brasil, la confidencialidad no proviene de la ley, no existe una disposición expresa en este sentido. Por esa razón, las partes, si así lo desean, deben pactar la confidencialidad del arbitraje por medio de una cláusula específica en el contrato, por medio de la adopción de un reglamento de arbitraje que la prevea, o, incluso, que establezcan tal obligación después de instituido el arbitraje.

Y aunque lo acuerden de esta forma, podrá haber situaciones en las que la confidencialidad será mitigada.

Actualmente, tal mitigación representa tres escenarios distintos. Primero, se considera la posibilidad de relativizar el sigilo en los procesos arbitrales de naturaleza societaria y colectiva, cuya competencia de administración es de la Cámara BM&Bovespa («CAM»). Segundo, en los procedimientos arbitrales que, por algún motivo, se llevan al Poder Judicial. Y, finalmente, en aquellos en donde la administración pública sea parte.

En lo que se refiere a los arbitrajes de naturaleza societaria y colectiva en Brasil, la mayoría de las compañías abiertas cuyas acciones se negocian en la B3 tienen la obligación de inserir una cláusula compromisoria en los respectivos estatutos, y compete a la CAM administrar los procedimientos arbitrales, quien a su vez prevé en su reglamento la confidencialidad.

---

two years after the date of said notification. The parties may agree to a longer or shorter time period for publication.

43. At any time before publication, any party may object to publication or require that any award be in all or part anonymised or pseudonymised, in which case the award will not be published or will be anonymised or pseudonymized».

Después de los escándalos que envolvieron empresas estatales brasileñas, se instauraron ante la CAM diversos procedimientos arbitrales de naturaleza colectiva, tales como el de los inversores de Petrobras y Vale. Considerando la confidencialidad prevista en el reglamento de la CAM, estos procedimientos no fueron debidamente divulgados, lo que terminó por provocar discusiones sobre el eventual perjuicio causado a los derechos de los accionistas no participantes en el conflicto y las mencionadas estatales.

En vista de esto y del escenario mundial, a Comissão de Valores Mobiliários (Comisión de Valores Mobiliarios, «CVM»), por medio de la propuesta de alteración de la instrucción CVM 480, sugirió la creación de un nuevo comunicado para que las compañías abiertas divulguen informaciones sobre demandas arbitrales y judiciales relacionadas a cuestiones societarias, especialmente para los casos que (i) envuelvan derechos o intereses difusos, colectivos o individuales homogéneos; (ii) pueda pronunciarse una decisión cuyos efectos lleguen a alcanzar la esfera jurídica de la compañía o de otros accionistas que no sean partes en el procedimiento.

Según el entendimiento de la CVM, aunque la confidencialidad provenga de la autonomía de la voluntad de las partes, esta debe ser mitigada a fin de dar mayor visibilidad a demandas capaces de afectar, directa o indirectamente, el derecho de los accionistas de compañías envueltas en los litigios.

En principio, la CVM sugiere que se divulguen las informaciones siguientes: (i) partes en el procedimiento; (ii) valores, bienes o derechos envueltos; (iii) hechos principales; y (iv) pedido o aprobación pleiteado. Se otorgó a los especialistas la oportunidad de realizar sugerencias en lo que se refiere a las informaciones que consideren pertinente que sean publicadas por las compañías. No existe aún una definición sobre el tema.

Otro escenario en el que se discute la relativización de la confidencialidad se refiere a los procedimientos arbitrales que, por alguna razón, se llevan al Poder Judicial. Se sabe que, aunque sean pocas las hipótesis, hay casos en los que los procedimientos arbitrales desembocan en el Poder Judicial, ya sea por medio de una acción de anulación de una sentencia arbitral, o para el cumplimiento de una carta arbitral, por ejemplo.

Al depararse con los casos referentes a la validez de la sentencia arbitral, el Tribunal de Justicia de São Paulo ha analizado el tema de la confidencialidad de acuerdo con el artículo 189 del Código de Proceso Civil[36] de una forma más bien restrictiva. La posición del Tribunal de Justicia de São Paulo ha sido la de que el trámite bajo el régimen de secreto de justicia no debe aplicarse automáticamente, y entiende como necesaria la comprobación de un motivo que justifique el pedido.

Por cierto, el entendimiento del Tribunal de Justicia de São Paulo está alineado con el de otros países, como Inglaterra, Estados Unidos y Francia, por ejemplo. Sin embargo, debe considerarse la relevancia de la confidencialidad para las partes en el momento de la elección de la jurisdicción arbitral. Y aún más. Esta característica es fruto de la libertad concedida a las partes. Por eso, hay que tomar mucho cuidado cuando se pretende interferir en la cuestión.

Por fin, tal mitigación también es objeto de los procedimientos arbitrales en los que la Administración Pública sea parte.

---

36 Artículo 189.- «Los actos procesales son públicos, pero tramitan en secreto de justicia los procesos: I – en que lo exija el interés público o social; II. que versen sobre el casamiento, la separación de cuerpos, el divorcio, la separación, la unión estable, la filiación, alimentos y guarda de niños y adolescentes; III. en que consten datos protegidos por el derecho constitucional a la intimidad; IV. que versen sobre arbitraje, incluyendo el cumplimiento de carta arbitral, desde que la confidencialidad estipulada en el arbitraje se compruebe ante el tribunal. §1º El derecho de consultar los autos de proceso que tramite en secreto de justicia y de pedir certificados de sus actos se restringe a las partes y a sus apoderados. §2º El tercero que demuestre interés jurídico puede solicitar al juez un certificado de la disposición de la sentencia, así como del inventario y de la partición resultantes de divorcio o separación».

Pese a que la necesidad de observancia del principio de la publicidad en los casos en que la administración pública sea parte[37] provenga de la Ley n.° 13.129/2015, la Ley n.° 19.477/2011 del Estado de Minas Gerais, de forma precedente, determinaba que el arbitraje que envolviera a la Administración Pública sería «instaurado mediante proceso público».[38]

En ese sentido, tras la promulgación de la reforma de la Ley de Arbitraje brasileña, se editaron otros decretos para reglamentar la cuestión de la publicidad en el ámbito del arbitraje con la administración pública. De forma ejemplificativa, se menciona el Decreto n.° 64.356 del Estado de São Paulo, que dispone sobre el uso del arbitraje para resolución de conflictos en los que la administración pública directa y sus autarquías sean parte. Al reglamentar la publicidad, el Decreto establece que los actos del procedimiento arbitral serán públicos —a saber: pedidos, laudos periciales, Instrumento de arbitraje o instrumento congénere y decisiones de los árbitros—, salvadas las hipótesis legales de sigilo o de secreto de justicia, atribuyendo a la Procuradoria Geral do Estado (Fiscalía General del Estado) la responsabilidad de divulgación *on-line* de las informaciones.[39]

En el mismo sentido, el CAM-CCBC, por medio de la Resolución Administrativa n.° 15/2016,[40] tiene como objetivo dar su aval al

---

37 Artículo 2.- «[…] § 3º El arbitraje que envuelva la administración pública será siempre de derecho y respetará el principio de la publicidad».

38 Artículo 6.

39 Decreto n.° 64.356/2019: Artículo 12.- «Los actos del procedimiento arbitral serán públicos, salvo las hipótesis legales de sigilo o secreto de justicia. §1º - Para fines de cumplimiento de esta disposición, se consideran actos de procedimiento arbitral las peticiones, los laudos periciales, el instrumento de arbitraje o el instrumento congénere y decisiones de los árbitros. §2º - La FiscalíaGeneral del Estado pondrá a disposición los actos del procedimiento arbitral en la red mundial de computadoras».

40 Artículo 1.- «En los procedimientos arbitrales en los que son partes entes de la administración pública directa, con la intención de atender al principio de la publicidad previsto en el art. 2º, § 3º, de la Ley nº 9.307/96, las partes dispondrán, en el Instrumento de Arbitraje, sobre qué informaciones y documentos podrán divulgarse y la forma que deberá adoptarse para hacerlos accesibles para terceros.

comportamiento de las partes que integran el procedimiento arbitral en que la administración pública es parte, distribuyendo entre ellas la carga de dar publicidad al procedimiento.

Lo cierto es que, transcurridos seis años desde la publicación de la Ley n.° 13.129/2015, a partir de la cual surgió la necesidad de respetar el principio de la publicidad en los procedimientos arbitrales en los que la administración pública sea parte, no hay una definición exacta acerca del modo en que se realizará la publicidad en estos procedimientos, pese a las numerosas discusiones y artículos académicos sobre el tema.

Como puede desprenderse, la confidencialidad puede considerarse el talón de Aquiles del arbitraje y, por eso, todavía no se ha encontrado el justo equilibrio. Es necesario tener cautela para preservar la institución del arbitraje. El tema debe conducirse de forma conjunta, entre los países que recibieron bien y practican el mecanismo, para que no haya posiciones antagónicas que puedan, en cierta medida, perjudicar el éxito del arbitraje en el escenario global.

Párrafo único.- Tal disposición deberá considerar los aspectos administrativos del CAM-CCBC y respetar el sigilo protegido por la ley, los secretos comerciales, los documentos de terceros, los contratos privados con cláusula de confidencialidad y cuestiones protegidas por derechos de propiedad intelectual.

Artículo 2.- El tribunal arbitral decidirá sobre los pedidos formulados por cualesquiera de las partes respecto del sigilo de documentos e informaciones protegidos por ley o cuya divulgación pueda afectar el interés de las partes.

Artículo 3.- El CAM-CCBC podrá informar a terceros sobre la existencia de procedimiento arbitral, la fecha de la solicitud de arbitraje y el nombre de las partes, pudiendo inclusive poner a disposición esos datos en la página web del CAM-CCBC.

Párrafo 1.- El CAM-CCBC no entregará documentos y demás informaciones respecto al procedimiento.

Párrafo 2.- Las audiencias del procedimiento arbitral se reservarán a las partes y apoderados, observado lo dispuesto por las partes en el Instrumento de Arbitraje.

Artículo 4.- Todas las informaciones complementarias o entrega de documentos, observados los límites legales y lo dispuesto en el Instrumento de Arbitraje, serán de competencia de la parte en el procedimiento arbitral que integra la administración pública directa, de acuerdo con la legislación que le sea aplicable».

4. CONCLUSIÓN

La trayectoria de la Ley de Arbitraje brasileña no estuvo libre de obstáculos, sin embargo, las bases están bien sentadas. La institución en Brasil es sólida. Es verdad que muchas cuestiones todavía deben explorarse y regularse, pero no solamente en Brasil sino en el contexto mundial. Brasil, sin duda, es un país «*Arbitration friendly*». Los cambios deben realizarse con la cautela necesaria para que el éxito y eficacia del mecanismo no se vean perjudicados.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASILIO, Ana Tereza, Alexandre FREIRE, Thiago RODOVALHO. *Modernização da Lei de Arbitragem-algumas reflexões.* Arbitragem: Estudos sobre a Lei n.° 13.129, de 26-5-2015. Organizadores Francisco José Cahali, Thiago Rodovalho, Alexandre Freire. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARMONA, Carlos Alberto. *As listas de Árbitros*. Arbitragem e Mediação: A reforma da legislação brasileira. São Paulo: Atlas, 2015.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/1996*. 3 ed. ver. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

GALÍNDEZ, Valeria. *O novo marco legal da arbitragem no Brasil: é suficiente?* A reforma da arbitragem / Ana Carolina Weber ... [et al.]; coordinación Leonardo de Campos Melo, Renato Rezende Beneduzi. Río de Janeiro: Forense, 2016.

ICC Note to parties and arbitral tribunals on the conduct of the arbitration under the ICC Rules of Arbitration, 2021. Recuperado de <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/12/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration-english-2021.pdf>.

JARROSSON, Charles. «Réflexions sur l'imperium». *Etudes offertes à Pierre Bellet*. París: LGDJ, 1987. p. 246.

PRYLES, Michael. «Limits to party autonomy in arbitral procedure». *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International, 2007, *volume* 24, *issue* 3.

Resolução Administrativa n.° 15/2016 da Câmara de Comércio Brasil-Canadá. Recuperado de <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-15-2016-publicidade-em-procedimentos-com-a-adm-publica-direta/>.

DEL ARBITRAJE A LOS *DISPUTE BOARDS* EN LOS PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA: UN CAMBIO DE PARADIGMA NECESARIO

Tatiana Herrada Sánchez [*] [**]

Sumario: 1. Introducción.— 2. Capítulo 1: Los dispute boards en el mundo y la historia.— 2.1. Definición.— 2.2. Origen.— 2.3. Uso de los *dispute boards* en otros países.— 2.4. El *dispute board* y los contratos estandarizados de construcción.— 2.5. El *dispute board* en el Perú.— 3. Capítulo 2: Las juntas de resolución de disputas (JRD).— 3.1. La JRD en las concesiones.— 3.2. La JRD en la obra pública.— 4. Capítulo 3: La deficiente gestión del conflicto en los proyectos de infraestructura.—5. Capítulo 4: El enfoque preventivo del *dispute board*.— 5.1. Dispute Adjudication Board (DAB).— 5.2. La prevención de disputas es la tarea fundamental de todo *dispute board*.— 5.3. El DB integra otros mecanismos de solución de controversias.— 5.4. Los mecanismos de prevención de disputas del DB.— 5.4.1. *Seguimiento a la ejecución del proyecto*.— 5.4.2. Las visitas al sitio de la obra.— 5.4.3. Asistencia informal.— 5.4.4. La adecuada gestión de la documentación del proyecto.— 5.5. Mecanismos de prevención de disputas en la JRD.— 6. Capítulo 5: Impacto de los *dispute boards* en los

[*] Árbitra y directora de CDR Consulting: Construction and Dispute Resolution Consulting. Máster en administración y habilidades directivas por *EADA School of Business*. Barcelona. *Master in construction law* por The Melbourne University. Docente a nivel de postgrado de los Cursos de arbitraje, juntas de resolución de disputas, dispute boards y gestión de reclamaciones de construcción. Contacto: <therrada@cdrconsulting.pe>.

[**] La autora agradece a Diego Prado Acosta y Sophia Gonzales Camacho por su valiosa colaboración con la presente investigación.

proyectos de infraestructura.— 6.1. La eficiencia promovida por los *dispute boards*.— 6.2. El cambio de paradigma: La prevención antes que la resolución de disputas.— 7. Conclusiones.— 8. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos veinte años, los proyectos de infraestructura peruanos empezaron a resolver sus controversias utilizando obligatoriamente el arbitraje, con la promesa de reducir los tiempos de duración de los procesos y de flexibilizar los parámetros fijos que son naturales en un proceso judicial. No obstante, pese a todos los beneficios que el arbitraje posee, continúa siendo un mecanismo de solución de controversias costoso y que únicamente permite resolver controversias, mas no prevenirlas.

La industria de la construcción posee un mecanismo de solución y prevención de disputas propio: el *dispute board*. Este mecanismo, en su concepción original, a diferencia un proceso arbitral, se concentra en la prevención de disputas y en el aspecto técnico, antes que en resolver controversias en base a argumentos jurídicos. Y, desde su implementación, ha demostrado tener una gran eficacia para promover que los proyectos de construcción en los que se implementan cumplan con los plazos y costos proyectados originalmente.

En nuestro país, desde hace ya casi una década, el Estado ha intentado introducir, con poco éxito, a los *dispute boards* en los proyectos de infraestructura a su cargo. Sin embargo, ante el reciente uso de los contratos estandarizados de construcción —como son los contratos Fidic o los contratos NEC—, la suscripción de contratos gobierno a gobierno, y la ejecución de proyectos de infraestructura especial, el Estado peruano comenzó a promover con mayor intensidad el uso de los *dispute boards*.

Actualmente, los *dispute boards* no forman parte del status quo de los contratos de construcción. En realidad, la presencia de un *dispute board* en un contrato de construcción, que no sea un proyecto de relevancia social, sigue siendo un hecho aislado o hasta extraño. Existe una clara resistencia —sea consciente o inconsciente— a implementar a los *dispute boards* en los contratos de construcción.

En este contexto, es importante conocer cuáles son las virtudes que poseen los *dispute boards*, cuáles son sus principales características, cuáles son sus limitaciones y cuáles son las mejores prácticas que un *dispute board* puede llevar a cabo para ejecutar sus funciones de una forma eficiente, permitiendo a su vez los proyectos de construcción presenten menos disputas y controversias, y —por lo tanto— reduciendo los costos.

2. CAPÍTULO 1: LOS *DISPUTE BOARDS* EN EL MUNDO Y LA HISTORIA

2.1. Definición

El *dispute board* (DB) es un mecanismo de solución de disputas que consiste en un panel de expertos neutrales que tienen el objetivo de ayudar a las partes de un proyecto de construcción a evitar y resolver conflictos y disputas que puedan surgir en transcurso del proyecto.[1] Para ello, los DB emiten, según sea el tipo de DB, recomendaciones a las partes, que no son de obligatorio cumplimiento; o decisiones vinculantes, que sí son de obligatorio cumplimiento, o ambas.

Existen varios tipos de DB, según la actividad que realicen. Algunos emiten recomendaciones no vinculantes (los llamados *Dispute Review Boards*. Otros emiten tanto recomendaciones no vinculantes como deci-

[1] JONES, Doug Samuel. *Dispute boards: Preventing and resolving disputes. The growth of dispute boards around the world*. Singapur: DRBF International Conference, 2014, p. 2.

siones vinculantes (los llamados *Dispute Adjudication Boards*). Las funciones que realiza un DB están definidas por el acuerdo de las partes contratantes, el reglamento aplicable (según lo hayan pactado las partes), y las propias decisiones que el DB pueda tomar.

Los miembros de un DB son profesionales respetados y confiables que son seleccionados por su conocimiento, experiencia e independencia en cada proyecto en particular. Por lo general, para un proyecto de construcción, un DB puede incluir una combinación de ingenieros, abogados y/o arquitectos, todos quienes son especialistas en los trabajos de construcción.[2] Todos los miembros de un DB deben ser aprobados por las partes contratantes, no obstante, no representan a una parte en particular, sino sirven al bien del proyecto.

2.2. Origen

El DB nació como un panel de expertos que se dedicaba meramente a brindar recomendaciones a las partes de un contrato de construcción. Estas recomendaciones buscaban prevenir el surgimiento de disputas, mejorar la comunicación entre las partes y así promover la eficiencia en plazo, costo y calidad de los proyectos.

El concepto del DB nació en los Estados Unidos de América como una respuesta al problema de mayores costos y plazos de entrega excesivos que encarecían los proyectos y generaban ineficiencia en el uso de los recursos públicos. Según la *Dispute Review Board Foundation* (en adelante, «DRBF»),[3] el primer uso documentado de un DB fue sobre lo que ahora se le conoce como un *Dispute Review Board* [4] informal en el

---

2 DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. *Dispute Board Manual: A guide to best practices and procedures*. Spark Publications, 2019., p. 31.

3 La DRBF es una organización sin fines de lucro que se dedica a promover la prevención y resolución de disputas alrededor del mundo mediante el uso de los DB. Definición obtenida de la página web oficial de la DRBF: <https://www.drb.org/>.

4 El *Dispute Review Board* fue el primer tipo de DB empleado históricamente. Este tipo de DB se dedica a absolver consultas de las partes contratantes y emitir recomendaciones cuyo cumplimiento no es obligatorio. De ahí su nombre.

proyecto *Boundary Dam and Underground Powerhouse* al norte de la ciudad Spokane en el estado de Washington, durante la década de 1960.[5]

Durante la ejecución de este proyecto, ocurrieron problemas que motivaron al contratante y al contratista a nombrar a dos profesionales, cada uno para una «junta consultiva conjunta», a fin de que estos cuatro miembros proporcionen sugerencias no vinculantes. La DRBF informó que, como resultado de implementar las recomendaciones de la junta consultiva, se solucionó una variedad de reclamaciones, mejoró las relaciones entre las partes y el proyecto culminó sin litigio.[6]

Algunos años después, en 1972, el Comité Nacional de Tecnología de Túneles de Estados Unidos patrocinó un estudio de las prácticas de contratación en todo el mundo para desarrollar recomendaciones para mejorar los métodos de contratación en los Estados Unidos.[7] El estudio culminó con la presentación del informe «Mejor contratación para la construcción subterránea», publicado en 1974. En este estudio nació formalmente el concepto *dispute board*.

Sin embargo, probablemente, la experiencia más representativa del inicio del uso del DB fue el proyecto del Túnel Conmemorativo de Eisenhower, en la década de 1970. Este proyecto es el primer uso registrado de un *Dispute Review Board* (DRB)[8] y representa perfectamente las virtudes de un DB. El proyecto consistió en la construcción de un túnel vehicular a más de 11 mil pies de altura[9] en el estado de Colorado. El túnel fue construido con dos perforaciones separadas, dedicadas a los carriles vehiculares en dirección este y oeste.

---

5 GOULD, Nicholas. *Establishing dispute boards. Selecting, nominating and appointing board members*. Singapur: Society of Construction Law International Conference 135, 2006, p. 2.

6 *Idem*, p. 2.

7 Dispute Resolution Board Foundation. *Dispute Board Manual: A guide to best practices and procedures (English Edition),* p. 14.

8 GERBER, Paula y Jhon BRENNAN. *Best Practice in Construction Disputes: Avoidance, Management and Resolution*. LexisNexis Butterworths & CCH Australia Limited, 2013, p. 102.

9 Se trata del túnel vehicular más alto del mundo.

La primera perforación fue hecha para el carril en dirección oeste en 1968 y fue un desastre financiero. El contrato tenía un valor estimado de 50 millones de dólares (USD) y una fecha de culminación prevista en 1971. No obstante, debido a condiciones no previstas del terreno y la constante confrontación entre el contratante y el contratista, los conflictos se convirtieron en disputas costosas. El proyecto culminó con dos años de retraso y un sobrecosto del 117 % del presupuesto original.[10]

Al ejecutar la perforación para el carril en dirección este, el Departamento de Transporte de Colorado, decidido a no repetir la experiencia del otro carril, implementó una «junta de revisión» (*Review Board*) para ayudar a las partes a resolver las disputas mediante recomendaciones no vinculantes. El contrato no lo requería, pero las partes contratantes decidieron establecer la junta de revisión al inicio del proyecto. Como resultado, los miembros de la junta se familiarizaron desde muy temprano con el proyecto y su personal clave. El éxito fue abrumador, pues el proyecto culminó a tiempo y dentro del presupuesto estimado.[11]

El DB originalmente fue creado como una herramienta de apoyo que brindaba recomendaciones no vinculantes a las partes contratantes, y fue evolucionando con el pasar de los años gracias a su eficacia. Desde su origen, demostró su utilidad, a través de ayuda a la promoción de la comunicación entre las partes contratantes, la prevención de disputas y la reducción de costos de los proyectos. Desde la década de 1970, gracias a la internacionalización de las mejores prácticas de la construcción, el uso de los DB ha incrementado exponencialmente, incentivando la eficiencia en los proyectos de construcción alrededor del mundo.

10 GERBER, Paula y Jhon BRENNAN. *Op. cit.,* p. 102.
11 *Idem*, p. 103.

2.3. Uso de los dispute board*s en otros países*

El DB nació en los Estados Unidos de América a fines de la década de 1960 e inicios de la década de 1970. El creciente uso del primer tipo de DB —la *Dispute Review Board*— no pasó desapercibido. Otros países comenzaron a emplear este método innovador para prevenir y resolver disputas en proyectos de construcción. Países como Canadá,[12] Australia,[13] Mauricio,[14] India,[15] Etiopia,[16] China[17] y Hong Kong[18] han utilizado al DB para sus múltiples proyectos de infraestructura.[19]

Según Paula Gerber, el desarrollo de reglas por parte de organizaciones internacionales reconocidas, como la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, «CCI»), sugiere, desde el año 2013, que los DB se están convirtiendo en un fenómeno internacional. Según la misma autora, los registros indican que, hasta fines de 2005, 21 países han probado los DB.[20]

En un contexto más cercano al peruano, varios proyectos en Latinoamérica han empleado a los DB. Existen proyectos en Honduras, Panamá, El Salvador, Chile y Perú, como meros ejemplos, que han contado con la participación de DB como mecanismos para la solución de disputas in situ y en forma contemporánea a la ejecución de los proyectos.

---

12 Por ejemplo, la instalación del túnel de las Cataratas del Niágara en Ontario, que comenzó en 2005.

13 Por ejemplo, la planta de desalinización de Sidney, que comenzó en 2007.

14 Por ejemplo, el proyecto de la nueva terminal del aeropuerto, que comenzó en 2011.

15 Por ejemplo, en varios proyectos de carreteras y puentes iniciados en 2006 entre la Autoridad Nacional de Carreteras de la India y el contratista, Larsen & Toubro.

16 Por ejemplo, para cuatro proyectos de carreteras que se iniciaron en 2006 con la participación del Gobierno de Etiopía y varios contratistas.

17 Por ejemplo, el Proyecto Ertan, que comprende una presa y una central hidroeléctrica, por un valor de 2000 millones de dólares (USD) a lo largo del río Yalong.

18 Por ejemplo, la construcción del Aeropuerto Internacional de Hong Kong.

19 JONES, Doug Samuel. *Dispute boards: Preventing and resolving disputes. The growth of dispute boards around the world*, p. 3.

20 GERBER, Paula y John BRENNAN. *Best practice in construction disputes: Avoidance, management and resolution*, p. 137.

Uno de estos proyectos fue la obra más importante de la región centroamericana: la ampliación del Canal de Panamá.[21]

Ahora, no puede omitirse que la internacionalización de los DB a los países del mundo, incluyendo los países más cercanos al Perú, ha sido, en gran medida, fruto del uso de los contratos estandarizados de construcción. En efecto, el uso de los DB fue promovido por importantes organizaciones internacionales que crearon modelos de contratos de construcción.

2.4. El dispute board *y los contratos estandarizados de construcción*

La internacionalización de los DB debe mucho al uso de los contratos estandarizados de construcción, los cuales regulan dentro de sus mecanismos de solución de controversias a diferentes formas de DB. En particular, los contratos estandarizados elaborados por la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (en adelante, «Fidic») han promovido con gran éxito el uso de DB, junto a importantes instituciones como Bancos Multilaterales de Desarrollo («MDB», por sus siglas en inglés) y el Banco Mundial.

El Banco Mundial[22] y los MDB son algunos de los más constantes usuarios de los contratos Fidic. Desde hace varias décadas, estos bancos emplean los contratos Fidic en los proyectos de construcción que financian.[23]

---

21 HERNÁNDEZ, Roberto. «*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*, vol. 23, pp. 23-32. *Biblioteca de Arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2014, p. 29.

22 El Banco Mundial es una institución financiera mundial que ofrece préstamos a bajo interés a países en desarrollo con el objetivo de reducir la pobreza y apoyar el desarrollo.

23 A mediados de 1990, se informó que el Banco Mundial había prestado alrededor de 22 mil millones de dólares para financiar más de 40 mil contratos, de los cuales el 30% tratan de proyectos de construcción. En la última década, el Banco Mundial comprometió 56 mil

En 1995, el Banco Mundial publicó su nuevo contrato de construcción «Documentos para Licitación Estándar del Banco Mundial para la Adquisición de Obras (SBD)», basado en el Libro Rojo de Fidic de 1987. Sin embargo, en proyectos valorados en más de 50 millones de dólares (USD), los SBD se apartaron del enfoque tradicional de Fidic sobre solución de controversias.[24] De la misma forma, los MDB no estaban conformes con este mecanismo de solución de disputas, pues las partes podían ignorar las recomendaciones del DB. Este fue un hito importante en la historia del DB, pues lo llevaría a un siguiente paso en su evolución.

En la edición del Libro Rojo de Fidic de 1987, la resolución de controversias consistía en la decisión del Ingeniero[25] seguido de un arbitraje. Esta regulación incluía la posibilidad de que la parte insatisfecha con la decisión del Ingeniero recurra a una DRB para obtener una recomendación no vinculante. El Banco Mundial y los MDB, en un contexto de creciente disconformidad con el arbitraje y un aumento en el uso de DB en Estados Unidos, no estaban conforme con esta regulación. Fidic tomó nota de la insatisfacción de sus principales usuarios y realizó enmiendas al Libro Rojo.[26]

En 1995, Fidic probó por primera vez el DB más importante: el *Dispute Adjudication Board* (en adelante, «DAB0»). Años después, en 1999, Fidic introdujo por primera vez el DAB en casi todos los contratos que

millones de dólares para financiar alrededor de 500 proyectos de construcción y mantenimiento de carreteras. GERBER, Paula y John BRENNAN. *Best Practice in Construction Disputes: Avoidance, Management and Resolution*, p. 138.

24 GERBER, Paula y Jhon BRENNAN. *Op. cit.,* p. 139.

25 El ingeniero es unos de los principales agentes de la mayoría de contratos estandarizados de Fidic. Actúa como agente del contratante, velando por sus intereses; emite decisiones respecto a las reclamaciones entre el contratante y el contratista; emite instrucciones al contratista; emite certificaciones sobre los trabajos ejecutados; etcétera.

26 GERBER, Paula y Jhon BRENNAN. *Op. cit.,* p. 139.

integran su *Rainbow Suite*[27] de 1999, incluyendo el Libro Rosa, contrato que fue creado a través de una colaboración entre Fidic y los MDB.[28]

La gran novedad —y una de sus funciones principales— de este DB fue la emisión de decisiones vinculantes y no meramente recomendaciones no vinculantes. Este cambio proporcionaba a los usuarios de Fidic certeza en la resolución de disputas durante todo el desarrollo de un proyecto de construcción.[29]

Así, desde finales de la década de 1990, Fidic, junto a los MDB y el Banco Mundial, promovió el uso de los DB en los proyectos de construcción financiados por estos bancos. Consecuentemente, sea o no de forma voluntaria, los MDB y Fidic transmitieron las virtudes de los DB alrededor del mundo, generando que empresas, organizaciones y Estados sean más propensos a emplear a los DB. Inclusive, dicha influencia arribó a nuestro país.

2.5. El dispute board *en el Perú*

No tenemos una fecha exacta de cuándo inicia el uso de los DB en el Perú. Sin embargo, en base a nuestra experiencia, podemos afirmar que encuentra sus primeros antecedentes hace unos veinte (20) años atrás aproximadamente, con la utilización de los contratos Fidic. Estos contratos en su versión original ya consideraban a los DB como un mecanismo alternativo y obligatorio de resolución de controversias en

---

27 La *Rainbow Suite* de Fidic es el conjunto de los principales tres contratos más utilizados y más importantes creados por Fidic: los libros Rojo, Amarillo y Plata. Cada uno de estos contratos está orientado a un tipo diferente de proyecto, tiene un tipo diferente de sistema de entrega de proyectos y reparte los riesgos del proyecto de forma diferente.

28 En específico, el Libro Rosa fue desarrollado por ocho MDB: el Banco Africano de Desarrollo, el Banco Asiático de Desarrollo, el Banco de Comercio y Desarrollo del Mar Negro, el Banco de Desarrollo del Caribe, el Banco de Desarrollo del Consejo de Europa, el Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo, el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial. INTERNATIONAL FEDERATION OF CONSULTING ENGINEERS, FIDIC. *MDB Harmonised Construction Contract*. (2021). Recuperado de <https://fidic.org/MDB_Harmonised_Construction_Contract>.

29 GERBER, Paula y Jhon BRENNAN. *Op. cit.,* p. 138.

los contratos de construcción. El Libro Rojo de 1999, por ejemplo, refería a los DB. La versión traducida al español utilizada en el Perú las denominaba «Mesa de Resolución de Conflictos (MRC)», y en otros casos «decisiones conciliatorias».

Pese a la regulación efectuada en los contratos Fidic respecto del funcionamiento, las facultades, competencias y alcances de los DB, las primeras experiencias peruanas en la implementación y desarrollo de los DB, MRC y/o decisiones conciliatorias fueron bastantes particulares. Debido a la falta de entendimiento de este mecanismo y a la falta de experiencia previa, estos mecanismos funcionaron más como una primera instancia arbitral, en donde predominaba el análisis contractual y legal, más que el técnico. Y, en los que, principalmente, se resolvían controversias, en lugar de prevenirlas. Hace veinte años atrás el concepto de la «colaboración» en la industria de la construcción peruana no existía.

Posteriormente, hubo experiencias más evolucionadas en la implementación de este mecanismo. Los proyectos de: (i) Mejoramiento Sanitario de las Áreas Marginales de Lima, el cual consistió en un contrato llave en mano a suma alzada para la construcción de una planta de tratamiento de agua potable en Huachipa;[30] y (ii) el Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud-Parsalud 11,[31] adscrito al Ministerio de Salud[32] son dos claros ejemplos de ello. En estos proyectos, los miembros de las MRC tenían un perfil más técnico. Eran principalmente ingenieros. Sin embargo, el funcionamiento de la MRC continuaba funcionando como una primera instancia arbitral, y la filosofía preventiva y colaborativa continuaba ausente.

---

30 Licitación Pública Internacional n.° 0004-2007/JBIC-SEDAPAL.

31 Lamentablemente, en este proyecto se desnaturalizó al DB, convirtiéndolo en un mecanismo que se limitó a resolver controversias en lugar de prevenirlas. Este mecanismo fue llamado «decisión conciliatoria».

32 FREITAS CABANILLAS, Rodrigo Andrés. *¿A qué tenemos miedo? Conozcamos los Dispute Board para los contratos de construcción. (IUS 360, 2017)*. Recuperado de <https://ius360.com/a-que-tenemos-miedo-conozcamos-los-dispute-board-para-los-contratos-de-construccion/>.

En consecuencia, es posible afirmar que el primer proyecto peruano en el cual se implementaron DB, en su modalidad *Dispute Adjudication Board*, con una finalidad preventiva y también resolutiva, con reglas procedimentales internacionales y estandarizadas, como son las contenidas en el Reglamento CCI relativo a los *dispute boards* del año 2015 (en adelante, «Reglamento CCI») fue «Los Juegos Panamericanos Lima 2019».

En efecto, a finales del 2017, el Estado peruano requirió realizar una inversión cercana a 650 millones de dólares (USD) para la construcción de infraestructura deportiva y de vivienda.[33] Para la ejecución de estas obras, gracias a que una de las condiciones del convenio de cooperación técnica celebrada entre el Estado peruano y el Reino Unido exigía la utilización de contratos NEC 3, para la ejecución del proyecto de los Juegos Panamericanos, el Estado peruano contrató el diseño, construcción e implementación de las infraestructuras deportivas, a través del contrato NEC 3 (opción de pago F): Gestión del contrato al riesgo.

Estos contratos NEC 3 exigían la implementación de un DAB permanente que acompañara a las partes durante la ejecución de los proyectos. Se regían por el Reglamento CCI, y además el DAB era parte de una cláusula de solución de controversias escalonada, que no permitía la remisión de controversias a un arbitraje, si es que antes no habían sido conocidas y resueltas por un DAB. Los miembros del DAB además de funciones decisorias o resolutivas, ejercían también unas funciones preventivas, principalmente debido a lo regulado en el Reglamento CCI.

Cabe señalar que esta primera experiencia de los DB, como hoy los conocemos, ha sido considerado un caso de éxito, debido a que los proyectos se culminaron dentro del plazo previsto;[34] y, en consecuencia, ha gozado de significativa aceptación.

---

33 Decreto Supremo n.° 002-2015-MINEDU-22 de febrero de 2015.

34 Aun cuando considero que los DB son una excelente y valiosa herramienta para los contratos de construcción —y que coadyuvan para reducir significativamente los plazos totales de

A inicios del año 2020, el Gobierno Peruano emitió el Decreto de Urgencia n.° 021-2020, con la finalidad de dinamizar la actividad económica y garantizar la efectiva prestación de servicios en beneficio de la población, a través de un modelo de que facilite la ejecución de inversiones públicas.[35] En ese sentido, la norma propuso un nuevo modelo de ejecución de inversiones públicas, con la finalidad de recoger las mejores prácticas y altos estándares internacionales en materia de inversión pública establecidos por las organizaciones multilaterales de las que el Perú es parte. Dentro de las mejores prácticas se encontraba la utilización de contratos estandarizados Fidic y NEC, así como la implementación del DAB en los proyectos de infraestructura que se ejecuten bajo este régimen.

Actualmente, el Estado peruano ejecuta el Proyecto de Construcción del Aeropuerto Internacional de Chinchero en Cusco y el programa de Reconstrucción con Cambios.[36] Ambos proyectos emplean contratos

ejecución de los proyectos, gracias al soporte que brinda el DAB en hallar soluciones prácticas y rápidas a los problemas que se presentan en la obra— personalmente, no considero que el éxito del DAB en los Juegos Panamericanos se haya debido a que las obras se culminaron a tiempo.

Ello debido a que fueron los propios contratos fueron los que no permitían variación alguna en el plazo de culminación de los proyectos, ya que no existía holgura en este sentido. Las infraestructuras deportivas se ejecutaron para llevar a cabo los Juegos Panamericanos Lima 2019, los cuales ya tenían fechas de realización establecidas y ninguna posibilidad de reajustarlas.

En mi opinión, la utilización de los DAB en los Juegos Panamericanos ha sido un verdadero éxito pero no porque las obras se hayan acabado a tiempo, sino porque: (i) sentaron el precedente más relevante de un *Dispute Adjudication Board* y la filosofía preventiva/colaborativa que se debe aplicar en los proyectos de construcción con la finalidad de lograr cuidar el costo y el plazo de ejecución, y (ii) disminuyeron o filtraron las controversias vinculadas con la obra que fueron posteriormente remitidas a arbitraje.

35 Artículo 1 del Decreto de Urgencia n.° 021-2020.

36 Este proyecto consiste en intervenciones de Reconstrucción que tienen por finalidad restablecer el servicio y/o reponer la infraestructura, equipamiento y bienes públicos prexistentes y afectados por el fenómeno de El Niño Costero 2017, que están relacionados a la infraestructura educativa, de salud, vial y de conectividad, hidráulica, agua y saneamiento, drenaje pluvial, infraestructura eléctrica; así como otra infraestructura afectada de uso público y de soporte para la prestación de servicios públicos.

AUTORIDAD PARA LA RECONSTRUCCIÓN CON CAMBIOS, AUTORIDAD PARA LA RECONSTRUCCIÓN CON CAMBIOS. *ARCC - Reconstrucción con Cambios (2021)*. Recuperado de <https://www.rcc.gob.pe/2020/main-home/plan-integral/alcance-general/>.

estandarizados de construcción y se ejecutan en el marco de contratos gobierno a gobierno. El primer proyecto emplea contratos Fidic, mientras que el segundo emplea contratos NEC 3. Ambos contratos regulan la existencia de DB para la prevención y resolución de controversias.

Sin embargo, el Estado peruano no pretende únicamente reservar las virtudes de los DB para proyectos de gran magnitud e importancia. En realidad, el Estado peruano ha abrazado a los DB y los ha adaptado al sistema de contratación estatal. Para ello, en la Ley de Contrataciones con el Estado y la normativa aplicable a las concesiones, ha adaptado al DB al contexto peruano, creando lo que se conoce como la junta de resolución de disputas.

3. CAPÍTULO 2: LAS JUNTAS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS (JRD)

El Estado peruano desde hace más de una década reconoció las virtudes de los DB en los contratos de construcción. Por ello, en un intento por aprovechar las ventajas del DB en su contratación del día a día, adaptó este mecanismo de solución de controversias para emplearlo en la contratación pública. Así, en el año 2013, el Estado peruano creó a la «junta de resolución de disputas», mecanismo inspirado en —y, por lo tanto, muy similar a— el DB, pero con algunas diferencias menores y únicamente aplicable por mandato expreso de la ley peruana.

La JRD no cuenta con una definición en la normativa peruana. Sin embargo, por sus funciones, puede ser definida de forma similar a un DB. La JRD puede definirse como un panel de adjudicadores conformado por profesionales en materia de construcción, que se dedica a emitir recomendaciones y decisiones vinculantes, según lo pacten las partes contratantes.

A diferencia de un DB, la JRD no siempre se origina del pacto de las partes contratantes. En realidad, la existencia de la JRD está condicionada a la cuantía de cada contrato en particular. En otras palabras, la JRD tiene una similitud con el arbitraje de obra pública, pues su origen está en la ley, pero, a su vez, solo puede existir en virtud del pacto entre las partes contratantes.

3.1. La JRD en las concesiones

En el año 2013, el Estado peruano quiso aprovechar las virtudes del DB para sus propios contratos de concesión. Para ello, decidió adaptar el concepto de DB a su propio contexto, creando así a la JRD. A través de la Ley n.° 30114, que modificó el —entonces vigente— Decreto Legislativo n.° 1012 (DL n.° 1012),[37] el Estado peruano abrió la posibilidad de que, al momento de suscribirse un contrato de concesión, pueda pactarse la instalación de una JRD.[38] No obstante, esta regulación dejó mucho que desear.

El Decreto Legislativo n.° 1012 tenía muchas carencias y vacíos que convertían a la posibilidad de constituir una JRD en una regulación vacía. Las carencias más importantes de esta regulación fueron las siguientes:

---

37 Decreto legislativo que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas para la Generación de Empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada.

38 Artículo 9 del DL n.° 1012 (modificado por la Ley n.° 30114):
«[…]
9.6. […] 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*.
[…]» (énfasis agregado).

a) En primer lugar, no definió a la «Junta de Resolución de Disputas». No indicó explícitamente si la JRD debía entenderse como una adaptación del DB y si, por ello, debía entenderse que las prácticas internacionales eran aplicables en defecto del pacto de las partes o vacío de la ley.

b) En segundo lugar, esta norma no estableció ninguna limitación o parámetro para la constitución de una JRD. No estableció la cuantía mínima que debía tener un contrato de concesión para constituir una JRD.

c) En tercer lugar, no estableció si la JRD era una etapa previa obligatoria para el arbitraje o ello quedaba a disposición de las partes contratantes.

d) En cuarto lugar, y que, en mi opinión personal, fue la mayor carencia de la norma, no estableció si la JRD ejercía también una función de prevención de controversias, sino meramente una función de solución de disputas.

El reglamento[39] del Decreto Legislativo n.° 1012 no suplió estas deficiencias, y, muy por el contrario, ni siquiera mencionó a la JRD.

En el año 2015, entró en vigencia el Decreto Legislativo n.° 1224[40] (Decreto Legislativo n.° 1224) en reemplazo del Decreto Legislativo n.° 1012. Esta norma también reguló a la JRD como un mecanismo de solución de controversias. A diferencia de lo sucedido con el reglamento del DL N° 1012, el reglamento[41] del Decreto Legislativo n.° 1224 si reguló con más detalle los parámetros a tomar en cuenta para constituir una JRD en un contrato de concesión. Este reglamento sí reguló la

39 Decreto Supremo n.° 127-2014-EF.

40 Decreto legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos.

41 Decreto Supremo n.° 410-2015-EF.

función preventiva de disputas, así como la posibilidad de pactar una JRD desde el inicio del contrato. También, limitó la posibilidad de las partes para constituir una JRD a los contratos con una cuantía superior a las 80 mil UIT.[42]

Este cambio legislativo constituyó un progreso considerable para permitir a la JRD enriquecer a los contratos de concesión, volviéndolos más eficientes. Esta regulación se mantiene efectiva en el vigente Decreto Legislativo n.° 1362[43] y su reglamento.[44]

Sin embargo, pese a que existe un marco normativo para los contratos de concesión que permite pactar la constitución de una JRD, el Estado Peruano no ha aprovechado adecuadamente a la JRD como mecanismo de prevención y solución de disputas. Si bien la JRD es una herramienta que podría enriquecer a los contratos de concesión —cuya gestión de disputas por parte del Estado peruano deja mucho que desear—, se ha convertido en una herramienta guardada en el fondo de un cajón. No existe registro de algún contrato de concesión que emplee o haya empleado una JRD.

Este problema también se repite en los contratos de obra pública bajo la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

3.2. La JRD en la obra pública

La JRD fue introducida en la obra pública peruana en el año 2014 mediante la Ley n.° 30225, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, «LCE»). Dos años después, en el 2016, el Reglamento de la Ley n.° 30225 reguló con más detalle las funciones, facultades y obligaciones de la JRD, así como los requisitos para su constitución.

---

42 Artículo 79 del Decreto Supremo n.° 410-2015-EF.

43 Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos.

44 Decreto Supremo n.° 240-2018-EF.

El vigente Texto Único Ordenado de la LCE[45] y su reglamento[46] (en adelante, «RLCE») también regulan a la JRD en términos casi idénticos a las normas que reemplazaron.

Según la exposición de motivos de la anterior RLCE, los proyectos de ingeniería y construcción requieren de soluciones rápidas y que generen un eficiente balance costo-beneficio en el uso de recursos públicos. Por ello, la JRD busca agregar valor a la gestión contractual del conflicto en los proyectos a través de la presencia permanente de la JRD.[47] Según el artículo 205 del RLCE, la JRD tiene dos funciones fundamentales: la prevención y la solución de disputas.

La regulación de la JRD en la obra pública es mucho más detallada que en los contratos de concesión, pues desde su introducción en el RLCE, se establecieron los parámetros generales para su funcionamiento. Entre estos parámetros están las condiciones que un contrato debe tener para pactar la existencia de una JRD, sus funciones, los requisitos para ser miembros de una JRD, entre otros.

En la obra pública, la existencia de la JRD está condicionada a la cuantía del contrato. Cuando la cuantía sea menor a 20 millones de soles,

---

45 Artículo 45 del Decreto Supremo n.° 082-2019-EF. Medios de solución de controversias de la ejecución contractual.-
«45.1 […] 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. El reglamento puede establecer otros medios de solución de controversias.
45.2 […] 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».

46 Decreto Supremo n.° 250-2020-EF.

47 MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. *Exposición de motivos del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado-Decreto Supremo n.º 350-2015-EF*. Recuperado de <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2015/Diciembre/10/EXP-DS-350-2015-EF.pdf>, p. 38.

las partes son libres de constituir una JRD, en cambio, cuando la cuantía sea igual o mayor a esta suma, las partes están obligadas a constituir una JRD.[48] En otras palabras, la JRD a veces podrá tener un origen principalmente contractual, mientras que en otras ocasiones su origen será meramente legal.

Por otro lado, a diferencia de un DB, el cual tiene competencia respecto a todas las disputas que surjan entre las partes de un contrato de construcción durante su ejecución, la JRD tiene excluido de su competencia ciertas materias. Estas materias son las mismas que son excluidas de la competencia de un tribunal arbitral bajo la aplicación de la LCE y su reglamento. Una JRD no puede pronunciarse sobre las disputas relacionadas a la aprobación de adicionales, el pago de indemnizaciones derivadas de la aprobación de adicionales, el enriquecimiento sin causa y las pretensiones indemnizatorias por conceptos no previstos en la normativa de contratación pública.[49]

Pese a estas exclusiones de su competencia, la JRD es un gran paso que el Estado peruano tomó para volver más eficientes sus contratos de obra pública. No obstante, al igual que en los contratos de concesión, el Estado peruano no aprovecha el uso de la JRD en la magnitud deseada.

En la actualidad, no existe ninguna estadística ni investigación que pueda indicar cuál es número exacto de contratos de obra pública ni contratos de concesión en los que se haya implementado una JRD. Aparentemente, el Estado peruano aún no se ha comprometido con su propia legislación y no emplea el mejor mecanismo de prevención y solución de disputas que tiene a su disposición.

Esta omisión agrava un problema recurrente que tiene el Estado Peruano cuando suscribe contratos y es precisamente lo que una JRD y

48 Artículo 243.3 del RLCE.

49 Artículo 45.4 de la LCE y artículo 243.3 del RLCE.

un DB buscan mitigar: la poca eficiente gestión del conflicto en los proyectos de infraestructura.

4. CAPÍTULO 3: LA DEFICIENTE GESTIÓN DEL CONFLICTO EN LOS PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA

La industria de la construcción es altamente compleja y, por ello, propensa al conflicto. Entre más grande y complicado es un proyecto, se vuelve más propenso al conflicto. Es casi seguro que los proyectos excepcionalmente grandes o complicados, así como los que poseen características sin precedentes, encontrarán problemas inesperados durante su ejecución. Este problema es inherente a la industria de la construcción. Por ello, los proyectos requieren de una eficiente gestión de conflictos y disputas.

Los problemas imprevistos en los proyectos de construcción son inevitables. Por ello, la gestión contractual debe ser una de las principales preocupaciones de las partes contratantes. Según el *International Arbitration Survey*, elaborado por la Universidad Queen Mary y el estudio jurídico Pinsent Masons, del año 2019[50] (en adelante, *QMUL Arbitration Survey 2019*), la segunda causa de las disputas en los proyectos de construcción es la pobre gestión contractual.[51] No obstante, este hecho ya fue advertido varias décadas atrás.

En la década de 1970, Estados Unidos tuvo preocupación sobre las relaciones confrontacionales que plagaban los proyectos de construcción de túneles y subterráneos. A través del Comité Nacional de Tecnología de Túneles (NCTT), patrocinó una serie de estudios extensos para

50 Este Survey se realizó a través de la toma de 646 cuestionarios y 66 entrevistas personales a la gran variedad de actores que participan en la resolución de controversias en la industria de la construcción.
Ha tenido como objetivo conocer el estatus actual del arbitraje de construcción en el mundo, respecto a sus principales características, así como la percepción que sus usuarios tienen sobre este.

51 QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON y PINSENT MASONS. «International 2019 Arbitration Survey-Driving Efficiency». *En International Construction Disputes*. Londres, 2019, p. 7.

identificar estrategias, y prácticas contractuales y de gestión para incrementar la eficiencia en los proyectos de construcción subterránea. El NCTT identificó que los contratistas perciben que el supervisor de proyecto está predispuesto en su contra y que ello contribuye a la naturaleza conflictiva de los proyectos de construcción.[52]

En los proyectos de construcción, el conflicto siempre estará presente y siempre existirán disputas. Sin embargo, la presencia de disputas no implica que ellas escalen a ser controversias. La gestión del conflicto en el proyecto de construcción es vital para asegurar que las obras sean culminadas dentro del plazo y costos proyectados. Una eficiente gestión del conflicto también incrementará la eficiencia de los proyectos. Muy por el contrario, una deficiente gestión del conflicto, junto a una conducta adversarial, no hará más que reducir la eficiencia de los proyectos.

El proyecto del Túnel Conmemorativo de Eisenhower en el estado de Colorado en la década de 1970, el cual se explicó en el primer capítulo, es el ejemplo perfecto para concluir que la gestión del conflicto y las disputas en un proyecto de construcción es vital para asegurar la eficiencia del proyecto. Mientras que un proyecto con una gestión deficiente de conflictos se encarecerá, el mismo proyecto con una gestión eficiente del conflicto puede culminarse dentro los plazos y costos proyectados originalmente.

En el contexto peruano, en especial en la obra pública, los contratos de construcción están lejos de tener una gestión eficiente de los conflictos. La normativa de obra pública es altamente adversarial y sus esfuerzos por promover la prevención y gestión de las disputas aún son incipientes.

Entre los años 2003 y 2013, la Contraloría General de la República registró la existencia de 1458 laudos arbitrales respecto a contratos de

52 GERBER, Paula y Jhon BRENNAN. *Op. cit.,* p. 101.

obras pública.[53] Tan solo en el año 2013, hubo 236 laudo arbitrales sobre contratos de obra pública.[54] Inclusive, la propia Contraloría indica que dicha cifra puede ser mucho mayor, pues el Estado Peruano no tiene un control adecuado de todos los laudos en materia de contratación pública.[55]

Estas cifras son un indicativo de que la gestión del conflicto en la obra pública peruana es, cuando menos, deficiente. Y, por tanto, la gestión de conflictos en las obras públicas del Perú requiere de las mejores herramientas posibles para evitar que el arbitraje sea la etapa final e inevitable de cada contrato.

La mejor forma de evitar que los conflictos escalen a disputas y las disputas a controversias bajo un arbitraje es enfocar la atención en la prevención del conflicto. Precisamente ello es la función principal de los DB.

5. CAPÍTULO 4: EL ENFOQUE PREVENTIVO DEL *DISPUTE BOARD*

El enfoque preventivo es la principal característica del DB. Desde su origen, la función principal del DB fue prevenir el surgimiento de disputas y controversias. Como se explicó en el primer capítulo, los primeros DB consistieron juntas consultivas compuestas por expertos que se limitan a brindar recomendaciones a las partes de un contrato de construcción. Las recomendaciones no eran de obligatorio cumplimiento, sin embargo, permitían prevenir disputas.

---

53 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. *El arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003-2013*. Recuperado de <https://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/estudio/Estudio-Arbitraje-Online.pdf>, p. 58.

54 *Idem*, p. 61.

55 *Idem*, p. 47.

Un DB sin función preventiva pierde en gran medida su eficacia, pues termina siendo meramente una instancia de confrontación directa entre las partes de un contrato. La función preventiva del DB puede existir únicamente cuando un DB tiene el carácter de permanente y no se limita únicamente a emitir decisiones para resolver disputas.

Un DB es permanente cuando ejecuta sus funciones durante el desarrollo del proyecto de construcción; es decir, cuando las partes contratantes lo constituyen para que acompañe el proyecto y no únicamente para resolver una disputa. Por el contrario, cuando un DB es constituido meramente para resolver una disputa específica, es considerado un DB ad hoc, el cual, lógicamente no está llamado a prevenir conflictos.

Un DB ad hoc posee ciertas virtudes. Por ejemplo, se suele mencionar que los honorarios del DAB son menores, ya que únicamente se le paga a tarifa horaria las horas que invierta en la resolución de disputas y en las visitas a la obra. De manera que, los honorarios fijos mensuales que se pagan en caso de un DB permanente quedan exonerados.

Lo curioso es que, en términos económicos, la mayor cantidad de horas (honorarios) de un DAB se consumen ante la resolución de las controversias. Por ende, incluso pensar que contratar a un DB *ad-hoc* resulta más conveniente en términos económicos, podría ser relativo. Según Paula Gerber, la experiencia ha demostrado que la introducción tardía de un DB conduce a mayores costos, pues un mayor número de disputas terminan siendo discutidas en procesos arbitrales.[56]

Asimismo, tal como advirtió el primer capítulo, existen varios tipos de DB según las funciones que realicen. Entre todos los tipos de DB, destaca el *Dispute Adjudication Board* (en adelante, «DAB»). Este tipo de DB es uno de los más utilizados en los contratos estandarizados de cons-

56 GERBER, Paula y Jhon BRENNAN. *Op. cit.,* pp. 142, 143.

trucción, pues emite tanto decisiones vinculantes como recomendaciones informales, según lo hayan pactado y lo soliciten las partes contratantes. En otras palabras, el DAB siempre cumple una función decisoria y, generalmente, también una función preventiva de disputas. Inclusive, el DAB fue la inspiración para la creación y regulación de la JRD en la legislación peruana.

5.1. Dispute Adjudication Board (DAB)

El DAB es un tipo de DB que emite decisiones provisionales que son vinculantes para las partes, a menos que posteriormente sean revocadas por un proceso formal de solución de controversias como el arbitraje o el litigio judicial.[57] El DAB también puede emitir recomendaciones informales si así lo pactan las partes. La función preventiva de un DAB está presente en la mayoría de contratos, sin embargo, puede no estarlo, tal como explico más adelante.

El DAB nació gracias a Fidic. Tras el éxito de los DB, particularmente en Estados Unidos, Fidic comenzó a emplear los DB (en específico, los DRB) en sus contratos estandarizados de construcción. Fidic —en cooperación con los MDB— desarrolló aún más el concepto de DRB, con la introducción del DAB en su Libro Naranja en 1995.[58] Desde su introducción en este contrato estandarizado, el DAB fue previsto en los contratos estandarizados de construcción más importantes de Fidic.[59]

El DAB está presente en todos los contratos que integran la *Rainbow Suite*[60] de Fidic de 1999. No obstante, en esta edición del *Rainbow Suite*,

---

57 JONES, Doug Samuel *Op. cit.,* p. 5.

58 *Idem*, p. 5.

59 *Idem*, p. 6.

60 La *Rainbow Suite* de Fidic es el conjunto de los principales tres contratos más utilizados y más importantes creados por Fidic: los Libros Rojo, Amarillo y Plata. Cada uno de estos contratos está orientado a un tipo diferente de proyecto, tiene un tipo diferente de sistema de entrega de proyectos y reparte los riesgos del proyecto de forma diferente.

únicamente el Libro Rojo requiere el uso de un DAB permanente; y, por lo tanto, únicamente en el Libro Rojo de 1999 el DAB realiza también una función preventiva de disputas.

Fidic fue consciente de la utilidad de tener un DAB permanente que acompañe los proyectos. Por ello, en la última edición de su *Rainbow Suite* del año 2017, Fidic introdujo el carácter permanente y la función preventiva del DAB en los Libros Rojo, Amarillo y Plata. En esta línea, en esta última edición, Fidic cambió el nombre del DAB, pasando a denominarlo «Dispute Avoidance/Adjudication Board» (DAAB). Esta nueva nominación refleja aún más la importancia del rol preventivo del DAB.

El Reglamento CCI también regula al DAB como uno de los tres tipos de DB que pueden ser pactados bajo la aplicación de su reglamento. El Reglamento CCI regula que el DAB emite tanto decisiones vinculantes, como recomendaciones informales. Dependerá de cada contrato de construcción que constituya un DAB bajo la aplicación del Reglamento CCI establecer si el DAB también realiza una función preventiva de disputas.

El DAB siempre realizará una función decisoria sobre disputas y, según lo pacten las partes contratantes, realizará también una función preventiva de disputas. La prevención de disputas es, en mi opinión, la labor más importante de todo DB, siendo la función original con la que los DB fueron creados. La eficacia máxima de un DB, especialmente de un DAB, únicamente puede ser alcanzada a través de la función preventiva de disputas. Sin la función preventiva de disputas, el DB se convierte en la primera instancia de un arbitraje o un litigio.

5.2. La prevención de disputas es la tarea fundamental de todo **dispute board**

La diferencia fundamental entre el DB y el arbitraje es que el DB fue diseñado —desde sus orígenes— principalmente, para prevenir disputas entre las partes contratantes, y, dependiendo del tipo de DB, resolver las disputas, en última ratio. Mientras que el arbitraje fue creado para resolver una disputa, los DB fueron creados para prevenirlas.

La mayoría de los métodos alternativos de resolución de disputas convencionales son procesos reactivos, los cuales únicamente se activan una vez que la disputa se ha cristalizado.[61] Por el contrario, el DB pone énfasis en cuidar las relaciones del proyecto mientras resuelve las disputas de una manera eficiente y equitativa.[62]

Una de las razones por las cuales se suele justificar la existencia de los DB es que este mecanismo de solución de controversias, a diferencia del arbitraje, es uno que está adecuado específicamente a la naturaleza de los proyectos de construcción.[63] El DB fue creado para acompañar una obra antes que para emitir decisiones sobre disputas específicas.

Los mecanismos de prevención de disputas de los que dispone un DB derivan de (i) lo pactado en el contrato de construcción, (ii) el contrato suscrito entre los miembros del DB y las partes del contrato de construcción, (iii) de lo que disponga el reglamento aplicable, y (iv) de las propias decisiones que emita el DB.

---

61 REGAN, Robert, Jessica Rippon y Shyla Sharma. «Some Comparisons with Arbitration». En *12th Annual DRBF Conference (ed.) Session 6: Legal Issues in Dispute Boards*, 2012, p. 5.

62 *Idem*, p. 5.

63 GRAY, Jaime y Jonnathan BRAVO. «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*, vol. 23, pp. 33-69. *Biblioteca de Arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2014, p. 34.

Los DB tienen un origen netamente contractual. Los DB se diferencian del arbitraje por no estar respaldados por un esquema legal de ejecución. Son una creación del contrato y las decisiones que emite —en el caso del DAB— son ejecutables como un término del contrato.[64] En consecuencia, la aplicación del acuerdo entre las partes, así como del reglamento aplicable es de suma importancia para delimitar las facultades, obligaciones y derechos de los que goza un DB, en especial, respecto a la función preventiva de disputas.

5.3. El DB integra otros mecanismos de solución de controversias

Los mecanismos alternativos de solución de controversias (ADR, por sus siglas en inglés) más populares en el mundo son la negociación, la mediación, la conciliación, el litigio judicial y el arbitraje. Cada tipo de ADR incide en el conflicto de una forma diferente. El DB, si bien puede considerarse un ADR independiente, es un mecanismo que contiene otros ADR convencionales.

El DB está conformado por expertos imparciales ajenos a las partes contratantes, por lo que es correcto calificarlo como un ADR heterocompositivo. Sin embargo, las funciones que realiza una DB no son una creación propia de la industria de la construcción. En realidad, la DB, al desarrollar su función preventiva de disputas, integra dos tipos de ADR: la mediación y la conciliación.

La mediación es un ADR donde un tercero imparcial se limita a propiciar la comunicación y la negociación entre las partes, para tratar de que ellas mismas lleguen a un acuerdo que resuelva el conflicto.[65] Por su parte, la conciliación es un ADR donde un tercero imparcial asume un rol más activo, consistente en proponer a las partes alternativas

64 JONES, Doug Samuel *Op. cit.,* pp. 5 y 6.
65 OVALLE, José. *Teoría general del proceso*. Oxford University Press, 1996, 3.ª edición, p. 25.

concretas para que resuelvan sus controversias de común acuerdo.[66] Al analizar la función preventiva de un DB, es posible concluir que el DB es mediador y conciliador entre las partes.

Cuando el DB toma conocimiento de hechos que pueden o han llevado a las partes a un conflicto, realiza dos actividades principales. En primer lugar, actúa como mediador e incentiva la comunicación entre las partes para que ellas mismas arriben a una solución. En segundo lugar, desarrolla un rol más activo, como conciliador,[67] y propone recomendaciones a las partes para superar el conflicto. Dependerá de las partes aceptar las recomendaciones emitidas por el DB.

Para realizar su actividad preventiva de disputas, el DB emplea una serie de prácticas que le permiten estar actualizado con la ejecución del proyecto de construcción en particular, así como interactuar de forma constante con las partes contratantes.

5.4. Los mecanismos de prevención de disputas del DB

Si bien existen los DB *ad hoc*, que se constituyen para tratar disputas en específico, los DB más eficientes se caracterizan por cumplir una función preventiva de disputas.

Los mejores DB, en especial los DAB, se caracterizan por acompañar al proyecto durante toda su ejecución. Para lograr este objetivo emplean una serie de prácticas que le permiten estar informados de la ocurrencia de sucesos relevantes en el desarrollo del proyecto. Entre las mejores y más usuales prácticas que realiza un DB encontramos:

---

66 *Ibidem*.

67 Cabe señalar que la función de conciliador del DB se limita a su actuación como tal en virtud de las propuestas de solución que emite, mas no significa que la recomendación que emite el DB tenga el mismo valor que un acta de conciliación.

i. El seguimiento a la ejecución del proyecto y a las controversias que se susciten;

ii. Las visitas al sitio de la obra;

iii. Asistencia informal a las partes, a solicitud de ellas cuando surja un desacuerdo y con la finalidad que el DB facilite el entendimiento de las partes y la adopción de una solución rápida y adecuada; y

iv. La adecuada gestión de la documentación.

Sobre cada una de estas actividades, organizaciones como la *Dispute Resolution Board Foundation* (DRBF), la Agencia de Cooperación Internacional del Japón (JICA)[68] y la Cámara de Comercio Internacional (CCI) recomiendan o regulan las prácticas comunes que los DB realizan durante la vida de un proyecto, coincidiendo en la mayoría de ellas.

5.4.1. Seguimiento a la ejecución del proyecto

El seguimiento a la ejecución del proyecto es una de las principales tareas que lleva a cabo un DB permanente. Consiste en revisar mensualmente la documentación enviada por las partes, la cual contiene principalmente:

- El porcentaje actual de avance de los trabajos versus el avance proyectado, para ver el nivel de retraso que pudiera presentar la obra.

[68] La JICA es una agencia independiente que coordina la asistencia pública oficial internacional de Japón, y está orientada a ayudar al desarrollo económico y social de los países en desarrollo. En este contexto, la JICA está compenetrada con la ejecución de proyectos en países emergentes, tales como el Perú.

- Información sobre el pago de las valorizaciones, para determinar si es que existen o se avecinan controversias relacionadas con temas económicos.

- Resumen sobre los eventos compensables o reclamaciones que las partes se hayan presentado durante el mes bajo análisis.

Los DB deben revisar esta información con antelación a cada reunión de seguimiento, que es la práctica más extendida se realiza mensualmente. La idea es que, el DB esté informado de cómo va avanzando la ejecución del proyecto, y que, en las reuniones mensuales de seguimiento, formule las preguntas apropiadas a las partes y, de ser el caso, haga notar de cualquier situación que podría desembocar en un problema y afectar así el plazo, costo o calidad del proyecto.

Cabe señalar que, en la primera reunión de instalación del DB, las partes y el DB acuerdan el tipo de documentación que las partes remitirán mensualmente para conocimiento del DB. Esta documentación cambiará naturalmente en función al tipo de contrato de construcción que se utilice, ya que los Contratos NEC y los Contratos Fidic, por ejemplo, regulan su propio sistema de gestión de proyecto.[69] Asimismo, acordarán el medio de envío de la documentación. Actualmente, y gracias a la pandemia, se suele crear carpetas en nubes, con acceso compartido entre el DB y los representantes de cada parte.

Ahora, las reuniones periódicas es una de las actividades más importantes y recurrentes que realiza un DB. Durante estas reuniones, el DB tiene contacto directo con las partes contratantes, toma conocimiento de los conflictos que afronta el proyecto y puede emitir

[69] Por ejemplo, el Contrato NEC contempla que durante la ejecución del contrato las partes deberán alimentar el registro de riesgos, anotando en él todas las circunstancias que constituyen un riesgo para el proyecto. Así, en estos contratos es usual que los DAB pidan a las partes esta matriz de riesgo. Es poco probable que la pidan en el caso de un contrato Fidic, ya que esta matriz no es requerida contractualmente como instrumento de gestión y seguimiento del proyecto.

recomendaciones informales que permitan a las partes gestionar el conflicto de una forma eficiente.

Las reuniones periódicas son programadas según lo acuerden las partes y el DB. Generalmente, en caso no existir acuerdo entre las partes, la DB suele tener la facultad de convocar reuniones y audiencias. Por ejemplo, así lo dispone el Reglamento CCI[70] para los DB que se rigen por este reglamento.

En el año 2019, el DRBF publicó el «Manual del *dispute board*: Guía de mejores prácticas y procedimientos» (en adelante, «Manual DRBF»). El Manual DRBF reúne las mejores prácticas de los DB en el mundo. Este manual insiste en que los DB otorguen mucha atención a las reuniones continuas que tienen con las partes contratantes y otros agentes del proyecto.

En primer lugar, el Manual DRBF recomienda que, en la reunión inicial, el DB debe asegurarse de informar a los agentes del proyecto sobre el rol del DB en el proyecto.[71] De esta forma, a través de la reunión inicial, cada parte contratante podrá conocer cuáles son los alcances del servicio del DB, qué puede hacer y cuáles son sus limitaciones.

En segundo lugar, el Manual DRBF recomienda que el presidente del DB implemente un protocolo de reuniones que se ajuste a la estructura general del proyecto. Este protocolo debe establecer la lista de personas que deben asistir a las reuniones y debe priorizar la asistencia de los ejecutivos que se encuentran en la capacidad de tomar decisiones comerciales importantes para resolver los problemas del proyecto.[72]

---

70 Artículo 15(1) del Reglamento CCI relativo a los *dispute boards*.

71 DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. *Dispute Board Manual: A guide to best practices and procedures*. Spark Publications, 2019, p. 103.

72 *Idem*, p. 105.

A través de este protocolo, el DB establecerá las reglas de juego de las reuniones periódicas, asegurará que prime el diálogo entre las partes, y permitirá que las partes lleguen a acuerdos entre ellas. El protocolo permite asegurar la existencia de orden en las reuniones periódicas, e impide que prime el desorden y la confrontación.

5.4.2. Las visitas al sitio de la obra

Las visitas al sitio de la obra permiten al DB tener contacto directo con el proyecto sobre el cual emitirá recomendaciones y/o decisiones. Por ello, las visitas al sitio son probablemente la actividad más importante que toda DB realiza.[73] En particular, la JICA otorga un rol protagónico a las visitas.

En el año 2012, la JICA desarrolló su propio manual de mejores prácticas de DB (en adelante, «Manual JICA»), el cual comparte muchas de las recomendaciones detalladas en el Manual DRBF. El Manual JICA recoge una serie de recomendaciones para maximizar la eficiencia de las visitas al sitio de las obras. Entre las prácticas más importantes recomendadas por la JICA están las siguientes:[74]

- En la medida de lo posible, el DB, en acuerdo con las partes, debe definir un calendario de visitas al inicio de sus funciones.

- Antes de cada visita, el DB debe haber recibido la información sobre lo sucedido en el proyecto durante los intervalos de cada visita.

- De forma previa a realizar la primera visita, el DB debe discutir brevemente con las partes y el supervisor las características principales del proyecto.

---

73 Japan International Cooperation Agency. *Dispute Board Manual*. JICA (2012), p. 9.

74 *Idem*, pp. 9, 10.

- La DB —así como las partes contratantes— deben aprovechar al máximo la primera visita, pues suele ser la visita donde participan las personas más importantes de las partes contratantes, así como del supervisor de la obra.

- En las visitas, debe procurarse la asistencia del contratante, el contratista y el supervisor, así como su permanencia en el sitio hasta la entrega del informe de visitas al sitio.

- El DB debe prestar atención a las áreas problemáticas particulares del proyecto.

- El DB debe mantener y asegurar el diálogo cara a cara con las partes contratantes y el supervisor, respecto a cualquier problema que se le comunique o pueda advertir.

- Los representantes del contratante y el contratista que participen en las visitas al sitio deben tener la autoridad para discutir y acordar la solución de cualquier desacuerdo respecto del proyecto.

- Después de cada visita, el DB siempre debe elaborar un informe. El informe es tan importante como la propia visita, pues refleja la comprensión del DB sobre el proyecto.[75]

- El DB debe confirmar la logística de las próximas visitas al sitio: fechas, alojamiento, medios de transporte local, persona a cargo de la logística de cada parte, entre otros.

Las recomendaciones del Manual JICA buscan asegurar que el DB maximice el uso del tiempo que dispone para las visitas y se concentre

75 *Idem*, A-29.

en dialogar con los agentes más importantes del proyecto sobre los asuntos más propensos a generar conflicto. Las recomendaciones deben tenerse muy en cuenta tanto por un DB como por las partes contratantes, dependiendo de la dificultad de cada proyecto en particular. Entre más complicado sea el proyecto, más recomendable es que las visitas al sitio se enfoquen en analizar los aspectos más conflictivos del proyecto.

5.4.3. Asistencia informal

El artículo 17 del Reglamento de la CCI regula la posibilidad de que un DB brinde asistencia informal a las partes respecto de los Desacuerdos que hayan surgido entre estas.

Estos desacuerdos casi siempre están vinculados a reclamaciones de construcción, demoras, disrupción, variaciones y/o cambios propuestos por el Contratista o instruidos por el Propietario de la obra. Asimismo, usualmente incluyen problemas relacionados con las demoras en la aprobación de algún entregable de ingeniería o en la absolución de alguna consulta de índole técnico o financiero.

La asistencia informal involucra la participación del DAB en la comprensión de la problemática que atraviesan las partes. Con atención en sus principales pedidos, intereses y preocupaciones. A partir de ello, el DAB se reúne en conjunto o idealmente por separado con cada una de las Partes, con la finalidad de llegar a este entendimiento. Y, de ser el caso, tener claridad respecto de los márgenes de negociación de cada una.[76] Así, el DAB hace las veces de un facilitador e interlocutor entre las partes, para que estas directamente y de mutuo acuerdo puedan arribar a soluciones oportunas y adecuadas para el proyecto.

---

[76] Artículo 17(2) del Reglamento CCI, en este sentido, establece que: «La asistencia informal del DB puede llevarse a cabo a través de una conversación entre el DB y las partes, una o más reuniones separadas entre el DB y una de las partes previo consentimiento de todas las partes, opiniones informales expresadas por el DB a las Partes, una nota escrita del DB dirigida a las partes, o de cualquier otra forma de asistencia que pueda ayudar a las partes a resolver el desacuerdo».

Sobre este punto, vale la pena mencionar que la participación de un DB en la etapa de asistencia informal calza perfectamente con el rol de un mediador. A su vez, las partes, activan un proceso de negociación asistida por el DB.

Asimismo, es común que las propuestas de solución brindadas por el DB en la etapa de asistencia informal se basen más en los márgenes de una negociación, en lugar de la mera solidez técnica, jurídica o contractual. Precisamente por ello, las conclusiones u opiniones que emita el DAB durante esta etapa no los vincula, así sea que las opiniones hayan sido dadas oralmente o por escrito. El Reglamento CCI *Dispute Board* [77] es bastante claro en este sentido.

Además, la activación de la asistencia informal requiere del acuerdo de ambas partes. Es decir, puede ser propuesta por una de ellas, pero requiere necesariamente la conformidad y/o aprobación de la otra.[78]

Finalmente, esta asistencia informal puede prestarse durante cualquier reunión o visita al Sitio, o incluso puede ser agendada por separado.

5.4.4. La adecuada gestión de la documentación del proyecto

En un arbitraje de construcción, un tribunal arbitral con poco conocimiento del proyecto es un tribunal que tiene altas probabilidades de emitir decisiones deficientes. Lo mismo sucede respecto a un DB. Si un DB no está inmerso en el proyecto sobre el cual brinda sus servicios, realizará una labor deficiente, por lo que no podrá prevenir disputas, así como tampoco podrá emitir decisiones eficientes.

---

77 Artículo 17, numeral 3) del Reglamento CCI indica: «3 Cuando se le solicita que emita una Conclusión relacionada con un Desacuerdo en el que ha prestado asistencia informal, el DB no queda vinculado por las opiniones formuladas durante su asistencia informal, ya las haya expresado oralmente o por escrito, ni debe tomar en cuenta ninguna información que no haya estado a la disposición de todas las Partes».

78 Artículo 17(1) Reglamento CCI relativo a los *dispute boards*.

Una adecuada gestión y dominio de la documentación del proyecto es vital para que un DB pueda realizar sus funciones de una forma óptima, especialmente cuando se trata de prevenir disputas. Respecto a este tema, el Manual DRBF también contiene recomendaciones prácticas que implican tanto al DB como a las partes contratantes.

El Manual DBRF recomienda que las partes proporcionen al DB un informe regular de forma conjunta sobre el estado del proyecto. Este informe debe contener la información actualizada sobre el trabajo en el sitio de las obras, el programa de trabajo futuro, los retrasos experimentados, los problemas comerciales y problemas similares.[79] Al estudiar el informe, el DB puede conocer de primera mano el estado del proyecto sin sesgos que pudiesen surgir en caso cada parte presentase su propio informe.

El DB debe estar vigilante a la información brindada por las partes. En caso considere que requiere de documentos adicionales a los proporcionados, puede requerirlos a las partes. En caso de los DB que funcionen bajo el Reglamento CCI, esta es una facultad expresa del DB.[80]

Como se explicó respecto a las visitas al sitio y a las reuniones periódicas, de forma previa a realización de cada una, el DB debe haber tenido la oportunidad de estudiar toda la documentación brindada por las partes.

El grado de eficiencia de un DB dependerá del nivel de diligencia de los miembros que integran el DB.

---

79 DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. *Dispute Board Manual: A guide to best practices and procedures*. Spark Publications, 2019, p. 106.

80 Artículo 15(1) del Reglamento CCI relativo a los *dispute boards*.

Las prácticas de prevención de disputas descritas anteriormente pueden ser aplicadas por todos los DB mientras tengan un carácter permanente. En caso de DB *ad hoc*, estas prácticas tienen poca efectividad pues están principalmente dirigidas a los DB permanentes y que previenen disputas.

En el contexto peruano, estas prácticas también pueden ser puestas a prueba, no únicamente por iniciativa propia de las partes, sino porque muchas de ellas están recogidas por la normativa aplicable.

5.5. Mecanismos de prevención de disputas en la JRD

Como se explicó en el segundo capítulo, la JRD es una adaptación del DB al contexto peruano para los contratos de obra pública y concesión suscritos por el Estado peruano. Por ello, a diferencia de lo que sucede con los DB, en el caso de la JRD, la ley juega un rol protagónico, definiendo las funciones, obligaciones y atribuciones de una JRD. El acuerdo entre las partes pasa a un segundo orden de prelación.

A diferencia del DB, solo existe un tipo de JRD, la cual siempre debe cumplir con obligaciones mínimas, entre las cuales se encuentra la prevención de disputas. El rol protagónico de la ley incide también en la función preventiva que realiza toda JRD, definiendo que tipo de actividades debe realizar una JRD para prevenir disputas.

En los contratos de concesión, la regulación sobre la JRD es mínima. En realidad, la regulación sobre la JRD existe sustancialmente en la obra pública, bajo lo dispuesto en la LCE, el RLCE y la Directiva n.° 012-2019-OSCE (La Directiva).

Las funciones y facultades de una JRD son, prácticamente, idénticas a las del DB. En particular, es importante señalar dos actividades que la Directiva ha detallado apropiadamente: las visitas al sitio y las reuniones periódicas.

La JRD realiza visitas periódicas al sitio de la obra según un calendario de visitas que la JRD fija al inicio de sus actividades.[81] Al igual que en el caso de los DB, las visitas deben ser lo suficientemente frecuentes para mantener a la JRD informada de la ejecución de la obra y de cualquier tipo de conflicto que pueda gestarse. Asimismo, la Directiva regula una lista mínima de puntos que deben ser tratados en las visitas periódicas.[82] La Directiva también ordena que, durante la recepción de la obra, debe llevarse a cabo una visita.[83]

Las reuniones también se realizan con la misma lógica que las visitas al sitio, con una frecuencia suficiente para que la JRD esté informada de la ejecución de la obra y de cualquier conflicto entre las partes.[84] Las reuniones se llevan a cabo no en la misma obra, sino en el lugar donde lo pacten las partes.[85] Inclusive, la Directiva permite que las reuniones se realicen mediante videoconferencia, lo cual, en el contexto actual de pandemia, es una práctica muy útil.

Al igual que lo recomendado por el Manual DRBF, la Directiva dispone que, después de cada reunión, la JRD debe elaborar un informe que resuma su entendimiento del estado del proyecto y los conflictos existentes.[86]

La JRD, al ser una creación de la ley peruana, es diferente al DB. Sin embargo, no existe impedimento para que —en tanto no contradiga la LCE, el RLCE ni la Directiva— las partes puedan acordar poner en prácticas las recomendaciones del Manual DRBF o el Manual JICA. Tampoco existe impedimento para que la JRD lo haga por iniciativa propia. Toda JRD puede implementar las recomendaciones de estos manuales y así incrementar su eficacia.

---

81 Numeral 7.9 de la Directiva n.° 012-2019-OSCE.
82 Numeral 7.10 de la Directiva n.° 012-2019-OSCE.
83 Numeral 7.9 de la Directiva n.° 012-2019-OSCE.
84 *Ibidem*.
85 *Ibidem*.
86 *Ibidem*.

Los DB han tenido un impacto significativo en la eficiencia de los proyectos de construcción desde su creación en la década de 1960. No cabe duda de que el DB es una herramienta muy eficaz para mejorar la gestión del conflicto, prevenir y resolver disputas. La experiencia internacional e histórica respaldan esta afirmación.

6. CAPÍTULO 5: IMPACTO DE LOS *DISPUTE BOARDS* EN LOS PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA

Los DB, desde los primeros años de su creación, hasta la actualidad, han generado un fuerte impacto en la industria de la construcción. Los DB y su enfoque preventivo permite anticipar el surgimiento de disputas y gestionar el conflicto eficientemente. Los DB históricamente han demostrado ser muy eficaces para reducir los costos en los proyectos de construcción.

6.1. La eficiencia promovida por los dispute boards

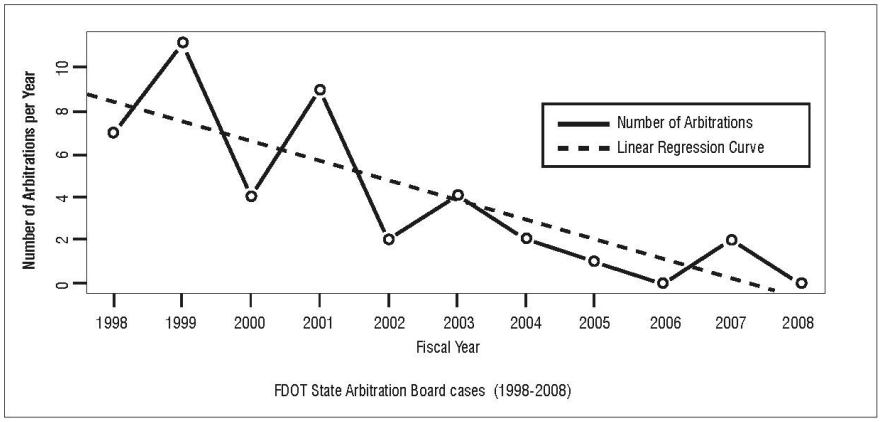
El Departamento de Transporte de Florida (FDOT, por sus siglas en inglés) en el año 2012 publicó las estadísticas obtenidas en los proyectos de transporte a su cargo en las que se evaluó el uso de los DB. Los contratos a cargo del FDOT regulan como una etapa previa al arbitraje la audiencia ante un DB. Por tanto, los casos presentados ante la Junta Estatal de Arbitraje de la FDOT son perfectos para demostrar la eficacia de los DB.[87]

Según las estadísticas publicadas por el FDOT, desde la implementación de los DB en sus contratos en el año 1998, las disputas atendidas por la Junta Estatal de Arbitraje se redujeron significativamente años tras año:[88]

---

87 MENNASA, Carol C. y Feniosky PEÑA MORA. «Analysis of Dispute Review Boards Application in U.S. Construction Projects from 1975 to 2007». *Journal of Management in Engineering*, 2010, pp. 75, 76.

88 DUZGUN, Agdas y Ralph D. ELLIS. «Analysis of Construction Dispute Review Boards». *Journal of Management in Engineering*, 2010, vol. 5 (3), p. 19.



Este estudio también permitió conocer la eficacia de los DB. Para evaluar la eficacia de los DB para resolver disputas, el estudio comparó el número de proyectos con DB con el número de audiencias en procesos arbitrales. Los datos analizados demostraron que 259 proyectos con fechas de culminación entre 2003 y 2010 emplearon DB. Entre el 2003 y 2010, existieron tan solo nueve órdenes de inicio de procesos arbitrales. La comparación entre estos 9 procesos arbitrales y los 259 proyectos, demostraron una eficacia de los DB de 97%.[89]

El porcentaje de efectividad de los DB que mostró el estudio anterior no es un caso aislado. En el año 2010, la *Revista de Gestión de Ingeniería* publicada por la Biblioteca ASCE[90] estudió el uso de los DB en 396 proyectos. La efectividad de los DB como un mecanismo de solución de

89 MENNASA, Carol C. y Feniosky PEÑA MORA. *Op. cit.*, p. 76.

90 La biblioteca ASCE es una base de datos en línea de ingeniería civil que proporciona el contenido de revistas, procedimientos, libros electrónicos y estándares revisados por pares publicados por la Sociedad Estadounidense de Ingenieros Civiles. Es la más extensa base de datos de investigación escrita en ingeniería civil del mundo. Información obtenida de la página web de ASCE: <https://ascelibrary.org/about>.

controversias alcanzó casi el 100%.[91] En otras palabras, en casi la totalidad de los proyectos estudiados en los que se implementó un DB, las disputas que surgieron no fueron sometidas al arbitraje ni al litigio.

La gran eficacia de los DB para prevenir y resolver las disputas, demuestran claramente que es el mecanismo de solución de controversias que revolucionó la industria de la construcción, cambiando el foco de atención de la gestión del conflicto, de la confrontación a la prevención y cooperación. Los DB llegaron para quedarse.

6.2. El cambio de paradigma: La prevención antes que la resolución de disputas

Según la RAE, uno de los significados de la palabra «paradigma» es la «teoría cuyo núcleo central se acepta sin cuestionar y que suministra la base y modelo para resolver problemas y avanzar en el conocimiento».[92] Por tanto, cambiar un paradigma implica transformar la teoría central sobre la cual se construye un modelo.

El paradigma de la gestión de conflictos en los proyectos de construcción en el mundo indubitablemente sufrió un cambio cuando los DB fueron implementados. Los DB transformaron la forma de gestionar el conflicto en la industria de la construcción, principalmente en los países en donde existe el *common law*, como Estados Unidos, Canadá y Australia, entre otros. Sin embargo, en muchos países aún existe una clara tendencia a no abrazar completamente a los DB como mecanismo de solución de controversias. Entre ellos está el Perú.

En nuestro país, el DB es un ADR conocido desde hace varios años. En la contratación estatal peruana, nuestra adaptación del DB, la JRD, existe desde el año 2014. Sin embargo, no hay registro de su uso en nin-

91 MENNASA, Carol C. y Feniosky PEÑA MORA. *Op. cit.*, p. 76.

92 Diccionario online de la RAE:< https://dle.rae.es/paradigma>.

gún contrato de concesión ni obra pública suscrito por el Estado peruano. En realidad, el uso de los DB en nuestro país ha sido únicamente promovido en proyectos de infraestructura con financiamiento de bancos de desarrollo o en proyectos con un importante peso internacional. Los DB empleados en los contratos de los Juegos Panamericanos 2019 son el ejemplo más evidente del uso de los DB en nuestro país.

En este contexto, surge la pregunta: ¿Por qué, pese a que existe un marco regulatorio que lo permite, la industria de la construcción peruana no emplea a los DB ni JRD de forma cotidiana? En mi opinión, ello se debe a la dificultad que implica el cambio del paradigma al que la industria de la construcción peruana está acostumbrada desde hace décadas: el esquema confrontacional.

La industria de la construcción por naturaleza es confrontacional y el Perú no es una excepción. El esquema tradicional de un proyecto de construcción en nuestro país, especialmente en la contratación estatal, es uno propenso a la confrontación y al conflicto. El DB es una herramienta ideal para transformar este esquema. Pese a ello, los principales agentes, por reacción natural al cambio, no abrazan a los DB, sino, pese a que pueden emplearlos, no lo hacen.

El rechazo suele ser la reacción natural ante lo nuevo. La mayor utilización de los DB de forma complementaria al arbitraje constituye un cambio de paradigma, y como tal genera resistencias. La primera resistencia consiste en asociar el DB a un proceso arbitral, y consciente o inconscientemente, procedimentalizarlo para que funcione de la misma forma que un arbitraje. Este riesgo nace gracias a los errores en los que incurren tanto las partes contratantes como los miembros de un DB o JRD.

No obstante, cada nueva herramienta o práctica inherentemente siempre lleva consigo un riesgo. No es posible abrazar a los DB sin aceptar también los riesgos que trae consigo. Lo que se debe juzgar son los

resultados que traen consigo los DB antes que los prejuicios. Debe ser el mercado quien sancione o premie su uso en los proyectos de construcción.

El *QMUL Arbitration Survey 2019* demostró que un 67% de los profesionales encuestados opinan que las decisiones prearbitrales —dentro de las cuales están las decisiones de los DB— deben ser de obligatorio cumplimiento antes de recurrir al arbitraje.[93] Esta encuesta indica que la mayoría de los profesionales encuestados, conscientes del riesgo del error en el que puede incurrir un DB, consideran que las decisiones de un DB deben ser obedecidas incluso cuando puedan ser controvertidas posteriormente.

El *QMUL Arbitration Survey 2019* también evidenció que 40% de los encuestados indican que la misma decisión a la que un DB arriba frecuentemente es la misma a la que arriba un tribunal arbitral. Asimismo, 36% de los encuestados indicaron que al menos en la mitad de casos la decisión de un DB es la misma que la de un tribunal arbitral.[94] En general, estas cifras son muy alentadoras, pues demuestran que existe un reconocimiento de la eficacia de los DB y una aceptación general a la implementación de los DB como mecanismos de solución de conflictos.

En cuanto al enfoque preventivo, algunas cifras ya han sido expuestas. Los DB funcionan, y permiten identificar y gestionar el conflicto antes que se conviertan en disputas y controversias. Los DB incrementan el éxito de casi todos los proyectos en los que se les incluyen, sea evitando disputas, mejorando la comunicación entre las partes, y/o planteando soluciones y mejoras en los propios proyectos.

Es imposible evolucionar en algo si se siguen ejecutando las mismas acciones. La gestión del conflicto en los contratos de construcción no es la excepción. Si los agentes comerciales, en especial en la contratación

93 QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON y PINSENT MASONS. *Op. cit.*, p. 19.
94 *Idem*, p. 20.

estatal, no están dispuestos a cambiar la forma en que gestionan el conflicto en los contratos construcción, los proyectos están condenados a encarecerse siempre. El DB es la herramienta ideal para dar el primer paso para evolucionar la forma en que se gestiona el conflicto en nuestro país.

7. CONCLUSIONES

Desde sus orígenes, el DB se ha constituido como, probablemente, la mejor herramienta de la gestión del conflicto que permite prevenir y resolver disputas en los proyectos de construcción. Su alto grado de eficacia respalda y justifica la implementación de los DB en todo tipo de proyectos, especialmente en aquellos que resaltan por su costo, utilidad u otra característica relevante.

La internacionalización de los DB debe mucho a las instituciones estatales estadounidenses, a la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (Fidic) y a los Bancos Multilaterales de Desarrollo. Estas instituciones han promovido constantemente el uso de los DB en los proyectos de construcción donde han participado de algún modo.

El Estado Peruano conoce las bondades de los DB y ha peruanizado este mecanismo de solución de disputas a través de la creación de las Juntas de Resolución de Disputas (JRD) para los contratos de concesión y contratos de obra pública. No obstante a ello, el Estado Peruano no ha aprovechado de forma adecuada ni el uso de los DB ni de las JRD en la mayoría de los proyectos de construcción a su cargo.

El enfoque preventivo es la principal característica de todo DB, la cual estaba presente desde el origen los primeros DB en el mundo. Cuando un DB es uno del tipo ad hoc y/o carece del enfoque preventivo de disputas, pierde en gran medida su eficacia, pues termina siendo una etapa de confrontación directa entre las partes, muy parecido a una etapa arbitral, etapa cuya intención es evitar cuando existe un DB.

Entre todos los tipos de DB existentes, el Dispute Adjudication Board (DAB) es el DB con mayor grado de eficiencia y eficacia. Al emitir tanto recomendaciones informales como decisiones vinculantes, el DAB provee seguridad jurídica a las partes de un contrato de construcción y previene que el conflicto escale a disputas y controversias, generando así un ahorro considerable en los costos estimados del proyecto de construcción.

El DB solo puede alcanzar su máximo potencial si se trata de un DB permanente, que acompañe el desarrollo del proyecto de construcción desde su inicio hasta su fin. Únicamente si el DB es permanente, podrá estar informado de todos los aspectos relevantes del proyecto y podrá hacer uso de todas las practicas recomendadas o reguladas por instituciones como la Dispute Review Board Foundation (DRBF), la Agencia Japonesa de Cooperación Internacional (JICA) y la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

Las visitas a la obra y las reuniones periódicas son probablemente la actividad más importante que realiza toda DB permanente, pues a través de estas actividades el DB se mantiene en contacto directo con las partes contratantes y puede conocer con mayor detalle cuales son los aspectos más relevantes del proyecto, así como advertir cuales son los problemas que preocupan a las partes.

La regulación de la JRD es muy acertada respecto a las obligaciones y facultades que tiene una JRD, pues ha reunido muchas de las prácticas reguladas o recomendadas por instituciones como la DRBF, la JICA y la CCI, por lo que una JRD en una obra pública o concesión tiene a su alcance todas las herramientas para llevar a cabo sus funciones de forma eficiente. Adicionalmente, nada limita a una JRD a llevar a cabo las prácticas que no se encuentran reguladas en la normativa peruana, pero si son recomendadas por estas instituciones internacionales, puesto que no son incompatibles.

Los DB han recibido gran aceptación desde su creación por los países forman parte de la tradición del *common law*. En cambio, en nuestro país, así como países de nuestra región, la aceptación de los DB se ha dado de forma más lenta y no con la intensidad esperada. En mi opinión, esta resistencia se debe a la dificultad que implica el cambio del paradigma al que la industria de la construcción peruana está acostumbrada desde hace décadas: el esquema confrontacional.

Pese a que la eficiencia de los DB en el mundo es innegable, y que nuestro país ya cuenta con experiencias positivas sobre los DB, los principales agentes de la industria de la construcción de nuestro país, por reacción natural al cambio, no abrazan a los DB, sino, pese a que pueden emplearlos, no lo hacen. El rechazo suele ser la reacción natural ante lo nuevo.

Cada nueva herramienta o práctica inherentemente siempre lleva consigo un riesgo. No es posible abrazar a los DB sin aceptar también los riesgos que trae consigo. Lo que se debe juzgar son los resultados que traen consigo los DB antes que los prejuicios. Debe ser el mercado quien sancione o premie su uso en los proyectos de construcción. Esperemos que los nuevos proyectos de construcción de nuestro país ratifiquen la eficacia de los DB y en los próximos años el constituir un DB sea una práctica más cotidiana que inusual.

8. BIBLIOGRAFÍA

AGDAS, Duzgun y Ralph D. ELLIS. «Analysis of Construction Dispute Review Boards». En *Journal of Management in Engineering*, 2010, vol. 5, (3).

AUTORIDAD PARA LA RECONSTRUCCIÓN CON CAMBIOS, AUTORIDAD PARA LA RECONSTRUCCIÓN CON CAMBIOS. *ARCC - Reconstrucción con Cambios (2021)*. Recuperado de <https://www.rcc.gob.pe/2020/main-home/plan-integral/alcance-general/>.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. *El arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003-2013*. Recuperado de <https://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/estudio/Estudio-Arbitraje-Online.pdf>.

DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. *Dispute Board Manual: A guide to best practices and procedures*. Spark Publications, 2019.

FREITAS CABANILLAS, Rodrigo Andrés. *¿A qué tenemos miedo? Conozcamos los Dispute Board para los contratos de construcción. (IUS 360, 2017)*. Recuperado de <https://ius360.com/a-que-tenemos-miedo-conozcamos-los-dispute-board-para-los-contratos-de-construccion/>.

GERBER, Paula y Jhon BRENNAN. *Best Practice in Construction Disputes: Avoidance, Management and Resolution*. LexisNexis Butterworths & CCH Australia Limited, 2013.

GOULD, Nicholas. *Establishing Dispute Boards. Selecting, nominating and appointing board member*s. Singapur: Society of Construction Law International Conference 135, 2006.

GRAY, Jaime y Jonnathan BRAVO. «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*, vol. 23, pp. 33-69. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2014.

JAPAN INTERNATIONAL COOPERATION AGENCY. *Dispute Board Manual*. JICA, 2012.

JONES, Doug Samuel. *Dispute Boards: Preventing and Resolving Disputes. The Growth of Dispute Boards Around the World*. Singapur: DRBF International Conference, 2014.

HERNÁNDEZ, Roberto. «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*, vol. 23, pp. 23-32. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2014.

INTERNATIONAL FEDERATION OF CONSULTING ENGINEERS, FIDIC. *MDB Harmonised Construction Contract*. (2021). Recuperado de <https://fidic.org/MDB_Harmonised_Construction_Contract>.

MENNASA, Carol C. y Feniosky PEÑA MORA. «Analysis of Dispute Review Boards Application in U.S. Construction Projects from 1975 to 2007». En *Journal of Management in Engineering*, 2010.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. *Exposición de motivos del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado-Decreto Supremo n.º 350-2015-EF*. Recuperado de <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2015/Diciembre/10/EXP-DS-350-2015-EF.pdf>.

OVALLE, José. *Teoría general del proceso*. Oxford: Oxford University Press, 1996, 3.ª edición.

QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON y PINSENT MASONS. «International 2019 Arbitration Survey-Driving Efficiency». *En International Construction Disputes*. Londres, 2019.

REGAN, Robert, Jessica RIPPON y Shyla SHARMA. «Some Comparisons with Arbitration». En 12TH ANNUAL DRBF CONFERENCE (ed.). *Session 6: Legal Issues in Dispute Boards* (2012).

Legislación

Decreto de Urgencia n.° 021-2020-Decreto de urgencia que establece el modelo de ejecución de inversiones públicas a través de proyectos especiales de inversión pública y dicta otras disposiciones

Decreto Legislativo n.° 1012-Decreto Legislativo que aprueba la ley marco de asociaciones público-privada para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada.

Decreto Legislativo n.° 1224-Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público -Privadas y Proyectos en Activos.

Decreto Legislativo n.° 1362-Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.

Decreto Supremo n.° 082-2019-EF-Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado.

Decreto Supremo n.° 127-2014-EF-Reglamento del Decreto Legislativo n.° 1012.

Decreto Supremo n.° 410-2015-EF-Reglamento del Decreto Legislativo n.° 1224.

Decreto Supremo n.° 240-2018-EF-Reglamento del Decreto Legislativo n.° 1362.

Decreto Supremo n.° 350-2015-EF-Reglamento de la Ley n.° 30225.

Decreto Supremo n.° 250-2020-EF-Establecen disposiciones en el marco del TUO de la Ley n.° 30225, Ley de Contrataciones del Estado y modifican el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
Directiva n.° 012-2019-OSCE/CD-Junta de Resolución de Disputas.

Ley n.° 30114-Ley del Presupuesto del Sector Publico para el año fiscal 2014.

Ley n.° 30225-Ley de Contrataciones del Estado.

Reglamento relativo a los dispute boards de la Cámara de Comercio Internacional del año 2015.

TODOS PIERDEN: PROBLEMAS QUE SE GENERAN CUANDO UN PLAZO ACORDADO PARA LA PRESENTACIÓN DE LOS ESCRITOS POSTULATORIOS ES MODIFICADO POR EL TRIBUNAL ARBITRAL A LA SOLA SOLICITUD DE UNA DE LAS PARTES

Verónica Rosas Berastain [*]
Massiel Silva-Santisteban Amésquita [**]

Sumario: 1. Planteamiento del problema: Aplicando el artículo 34 de la Ley de Arbitraje para ampliar el plazo de presentación de los escritos postulatorios a la sola solicitud del demandante.— 2. Análisis de la problemática.— 2.1. Las posiciones en torno a la problemática.— 2.2. El árbitro no es Dios: Los límites de la flexibilidad en el arbitraje y, con ello, de la libertad de la actuación de los árbitros.— 2.3. Sobre la anulación de un potencial laudo sobre la base de la modificación del plazo que efectúe el tribunal arbitral.— 3. Consideraciones pragmáticas: Todos pierden, especialmente el Demandante que solicita la prórroga.

[*] Socia sénior del Estudio Mario Castillo Freyre Abogados. Máster en análisis económico del derecho y las 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. Ha sido asistente de cátedra del Curso de Obligaciones dictado por el doctor Felipe Osterling Parodi.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: APLICANDO EL ARTÍCULO 34 DE LA LEY DE ARBITRAJE PARA AMPLIAR EL PLAZO DE PRESENTACIÓN DE LOS ESCRITOS POSTULATORIOS A LA SOLA SOLICITUD DEL DEMANDANTE

La posibilidad de ampliar los plazos establecidos para el desarrollo de los procesos arbitrales se encuentra previsto en el numeral 4 del artículo 34 de la Ley de Arbitraje.[1] En estricto, los alcances y la aplicación de la regla contenida en esa norma se vinculan directamente al principio de flexibilidad sobre el que se sustenta el arbitraje, principio que otorga a los árbitros diversas facultades en sus actuaciones. Uno de los problemas más relevantes que puede generar que un tribunal arbitral invoque tal regla, es aquel vinculado a su decisión de aceptar el pedido unilateral de una de las partes de prorrogar el plazo de presentación de su escrito postulatorio.[2]

Al respecto, cabe señalar que entre los escritos de la etapa postulatoria se encuentran la demanda, la contestación y reconvención y su contestación. La importancia de tales memoriales o escritos de fondo radica en que permiten al tribunal arbitral identificar de manera clara los asuntos sobre los que tendrá que pronunciarse, al tiempo que las partes presentan sus argumentos de hecho y de derecho, presentando los medios probatorios a partir de los cuales sustentarán su posición. Atendiendo a ello, tanto la determinación de la forma como el plazo en que se presentarán los escritos postulatorios es de trascendental importancia, pues marca el curso que seguirá el arbitraje. Estos aspectos,

---

1 Decreto Legislativo n.° 1071.

2 Conviene señalar que, conforme a lo señalado en el numeral 1 del artículo 39 de la Ley de Arbitraje, los escritos postulatorios deben presentarse «Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por el tribunal arbitral y a menos que las partes hayan acordado algo distinto respecto del contenido de la demanda y de la contestación, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda, la naturaleza y las circunstancias de la controversia y las pretensiones que formula y el demandado deberá establecer su posición respecto a lo planteado en la demanda». Además, en el numeral 2 del mismo artículo se precisa que «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».

por ende, deben adecuarse a lo requerido por las partes dependiendo de cada caso en concreto.[3]

Partiendo de esa premisa, imaginemos que en un arbitraje se lleva a cabo la Audiencia de Instalación y los árbitros proponen que el plazo para presentar los escritos postulatorios sea de veinte días. Las partes, sin embargo, consideran que ese plazo es muy corto dada la complejidad de los temas y los medios probatorios involucrados. En ese entendido, una de ellas, el demandante, sugiere que el plazo sea de treinta días. su contraparte, el demandado, acepta la sugerencia por juzgar que ese plazo es razonable. ante esa situación de consenso entre demandante y demandado, en el acta se establece que el plazo sea de treinta días y no de veinte.

Faltando algunos días para el vencimiento del plazo de esos treinta días fijados en el Acta de instalación, el demandante, solicita a los árbitros su prórroga por un día adicional.

Pensemos ahora que, frente a ese pedido, uno de los árbitros se pronuncia en contra, pero los otros dos, sin correr traslado y, simplemente, invocando el numeral 4 del artículo 34 de la Ley de Arbitraje, deciden, en mayoría, conceder ese día adicional bajo el entendido de que el principio de flexibilidad se lo permite y que, en tanto ese día adicional se conceda también a favor del demandado, se mantendrá la equidad del proceso.

El demandado, al ser notificado con la decisión de los árbitros, solicita reconsideración y resalta que corresponde el archivamiento del proceso en tanto el demandante no habría presentado su escrito de demanda dentro del plazo fijado en el acta.

---

3 CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Nicolás SERVAN. «¿Arbitraje procesal civil? La necesidad de implantar buenas prácticas en el arbitraje». En *Forseti Revista de Derecho*, 2019, n.° 10, pp. 29-41. Recuperado de <https://doi.org/10.21678/forseti.v0i10.1097>.

Los dos miembros del tribunal arbitral que concedieron la prórroga se mantuvieron firmes en su decisión inicial y desestimaron el recurso de reconsideración del demandado.

Ante esta situación, el demandado manifiesta su oposición, reiterando lo que ya ha expresado y fundamentado en su reconsideración y en la audiencia en la que se discutió la misma, a saber, que la decisión en mayoría de los árbitros de aceptar la prórroga solicitada vulneraba de manera irreversible su derecho al debido proceso y al trato igualitario, viciando de manera permanente el proceso y condenando a ambas partes a la emisión de un laudo nulo. Adicionalmente, recusa a los dos árbitros que otorgaron la prórroga y rechazaron su reconsideración.

No obstante el carácter fundado de la recusación, el vicio procesal queda consumado y la resolución reconsiderada deviene en inimpugnable, con lo cual el tribunal recompuesto tiene que continuar conociendo el proceso hasta el laudo, aunque deja constancia en sus resoluciones de que consideraba ilegal la referida ampliación de plazo. Ello, incluso, es señalado de manera expresa en el laudo, el mismo que, a juicio del propio tribunal recompuesto, debía ser anulado.

Culmina el proceso con la emisión de ese laudo y el demandando interpone una demanda de anulación que la Corte Superior de Justicia de Lima declara fundada.

Pues bien, el ejemplo que acabamos de describir no tiene como génesis nuestra imaginación, sino que responde a un caso real que nos servirá de base para valorar si la actuación de esos dos árbitros calificaba o no como una conducta susceptible de generar la nulidad del laudo emitido. En ese sentido, el presente trabajo, centrándose en las consecuencias que ello conlleva, tendrá por finalidad establecer si el principio de flexibilidad para la ampliación de plazos que se encuentra consagrado en el artículo 34 de la Ley de Arbitraje otorga a los árbitros

la facultad de ampliar los plazos que las partes han acordado ante el pedido de una de una ellas.

Antes de realizar tal análisis, sin embargo, creemos importante precisar que, si bien en el caso de nuestro ejemplo el plazo que se prorrogó fue aquel consensuado y fijado en el acta de instalación, nada impide que ese plazo se fije por acuerdo en un momento posterior. Ello ya que en la práctica podría ocurrir —como, de hecho, ha ocurrido en arbitrajes en los que hemos tenido la oportunidad de participar— que, durante el desarrollo del proceso, los árbitros y las partes opten por reordenar lo actuado.

A modo de ilustración, piénsese en un escenario en el que luego de la presentación de los escritos de demanda, contestación y reconvención, la ejecución del contrato objeto de controversia lleva a que las partes amplían sus pretensiones en varias oportunidades, presentando nuevos medios probatorios y argumentos con cada nueva ampliación. Además, modifican algunas de sus pretensiones y se desisten de otras.

En un contexto como el delineado que, aunque suene de laboratorio no lo es, los árbitros podrían proponer que se reordene el proceso dándole la posibilidad a las partes a que presenten nuevamente sus escritos postulatorios de modo que en cada uno de ellos se precise con claridad la «versión final» de las pretensiones que cada una ha decidido formular, sus fundamentos y los medios probatorios correspondientes, dejando sin efecto todos los presentados hasta ese momento. Si las partes aceptan y, además, se acuerda modificar el plazo fijado en el acta de instalación para la presentación de esos escritos postulatorios, cualquier situación por la cual los árbitros acepten extender el plazo ante la solicitud unilateral de una de las partes, nos pondría en el mismo supuesto de hecho que en el caso que tomamos como base de nuestra evaluación.

En otras palabras, lo relevante en la hipótesis de incidencia objeto de estudio es que los árbitros extiendan el plazo acordado para la presentación de los escritos postulatorios, sin que esa extensión haya sido consensuada por ambas partes. Como es lógico esa situación normalmente ocurriría al inicio del arbitraje, dado que es entonces cuando tales escritos se presentan. No obstante, pueden presentarse circunstancias especiales que determinen que se decida reordenar el proceso y se acuerde que los escritos postulatorios que tengan validez o efectos serán los que presenten las partes a partir de ese momento. En los dos casos, las premisas jurídicas y las conclusiones a las que se arriben en función de ellas serán las mismas.

2. ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA

Atendiendo a lo señalado en el apartado precedente, la hipótesis de incidencia que planteamos como objeto de valoración, puede sintetizarse de la siguiente manera:

- Por consenso, se fija el plazo para la presentación de los escritos postulatorios.

- Antes del vencimiento del plazo para la presentación de la demanda, el Demandante solicita su ampliación.

- El tribunal arbitral, sin correr traslado y sin tomar en consideración la opinión del demandado, concede esa prórroga del plazo y, para «evitar un trato desigual», amplia también el plazo del demandado para la presentación de su escrito de contestación y eventual reconvención.

- El demandado no está conforme con lo ocurrido y solicita la reconsideración de la decisión arbitral.

- Los árbitros declaran infundada la reconsideración.

En las páginas que siguen identificaremos los argumentos jurídicos mediante los cuales los árbitros que consideran que tienen la facultad para hacerlo, justifican su decisión de ampliar el plazo acordado por las partes para la presentación de los escritos postulatorio sin el consenso de ambas. Asimismo, explicaremos las razones sobre la base de los cuales esos argumentos jurídicos podrían desestimarse.

2.1. Las posiciones en torno a la problemática

Juan Peña Acevedo[4] identifica y resume los cuatros fundamentos sobre los cuales, en determinadas oportunidades, se suele sustentar que la ampliación de plazos concedida por los árbitros para la presentación de los escritos postulatorios sin la conformidad de una de las partes califica como una actuación válida. Así, señala lo siguiente:

i. Que algunas instituciones arbitrales se reservan la facultad de modificar inclusive los plazos acordados por las partes, supuesto en el cual los árbitros podrían otorgar el mayor plazo solicitado para la presentación de la demanda.

ii. Que algunos tribunales arbitrales se reservan, en el acta de instalación o en la correspondiente orden procesal, la facultad de ampliar los plazos establecidos en dichos documentos para las actuaciones arbitrales, incluso si estos plazos estuvieran vencidos.

iii. Que algunos autores consideran que la aplicación del principio de flexibilidad les otorga esa facultad a los árbitros y ello se explica en la constatación de que la importancia de los temas de fondo se encuentra por encima de cualquier problemática vinculada a los plazos.

---

4 PEÑA ACEVEDO, Juan. «El proceso arbitral peruano». En *Biblioteca de Arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Universidad Católica San Pablo-Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, 2020, vol. 83, pp. 82 y 83.

iv. Que, en el caso de arbitrajes institucionales, algunos pronunciamientos arbitrales señalan que toda la regulación contenida en sus reglamentos es un acuerdo de partes, pues integra el convenio arbitral, por lo que no puede distinguirse entre plazos acordados por las partes y los fijados por el reglamento institucional. En consecuencia, de aceptarse que los árbitros no pueden modificar los plazos acordados por las partes, se tiene que aceptar que tampoco pueden modificar los plazos fijados en el reglamento, lo cual no resulta razonable. Por ello, consideran que los árbitros están facultados para modificar los plazos fijados por las partes y los fijados en el reglamento institucional.

En nuestra opinión, las posiciones delineadas resultan deficientes en la medida en que no toman en cuenta que el límite al que se encuentra sujeta cualquier actuación arbitral es el trato igualitario de las partes y la debida motivación, ambas manifestaciones del derecho constitucional al debido proceso que no pueden preterirse o ignorarse. Además, y desde la perspectiva contractual, en todos los casos en los que los plazos respondan al consenso de ambas partes, los árbitros no podrán modificarlos por el pedido de una de ellas, salvo circunstancias excepcionales y debidamente justificadas y acreditadas.

En tal sentido, pensamos que, salvo pacto distinto de las partes, los plazos han de ser, como regla general, improrrogables, exceptuándose a esta regla los casos que escapan al control objetivo de las partes que sean debidamente valorados por el tribunal arbitral tomando en cuenta las circunstancias. La improrrogabilidad de los plazos concilia mejor con la naturaleza y finalidad del arbitraje, especialmente si tenemos en cuenta el principio de celeridad, que constituye uno de los motivos por los cuales las partes recurren a este instrumento heterocompositivo. Pero, además, la improrrogabilidad de los plazos supone, con las ventajas

inherentes a ello, un fuerte componente de rigor en el procedimiento arbitral.[5]

Precisamente, tomando en cuenta las circunstancias, no debería valorarse con el mismo rigor el pedido unilateral de extensión del plazo para la presentación de los escritos postulatorios, de aquel pedido que tiene por finalidad, por ejemplo, cambiar la fecha de una audiencia. En el primero de los casos, la regla debería ser rechazar la solicitud unilateral del demandante, salvo que ella se funde en un caso de fuerza mayor debidamente acreditado por este y valorado por los árbitros. En el segundo,[6] no debería ser necesario valorar si el evento que justifica el pedido califica como imprevisible, irresistible y fuera del control objetivo

---

5 CASTILLO FREYRE, Mario; SABROSO MINAYA, Rita; CASTRO ZAPATA Laura y Jhoel CHIPANA CATALÁN. «La renuncia a objetar, las notificaciones y los plazos en el arbitraje». En *Lumen*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, 2018, n.° 12, p. 19.

6 «[…] suele ser práctica habitual en los procesos arbitrales, que cuando alguna parte por alguna razón especial solicita la prórroga de alguna fecha para la realización de alguna audiencia, el tribunal arbitral la considera y la estima pertinente.

Esto, en estricto, podría ser considerado como una práctica inequitativa, en la medida en que se está favoreciendo a una parte para evitar que esa parte que solicita la prórroga de la fecha de la audiencia, precisamente, sufra un perjuicio o un problema; pero, en estricto, ante la convocatoria a una audiencia esa parte está debidamente notificada y tiene que tomar todas las previsiones para asistir.

Lo que ocurre es que esta práctica habitual de conceder esa prórroga para la fecha de audiencia, parte de la idea de que no se produzca luego la alegación de que se está afectando el derecho de defensa, por más de que se trate de una citación oportuna y con todas las condiciones de ley, para que no se señale que se está violentando ese derecho de defensa, ya sea porque la parte que solicita la prórroga no pueda asistir físicamente a la audiencia o que su abogado se encuentre impedido de asistir a ella o alguna otra circunstancia.

Entonces, si uno sopesa esas dos consideraciones, creemos que la inmensa mayoría de tribunales arbitrales, para tratar de llevar el arbitraje sin mayores inconvenientes o problemas, precisamente, conceden esas prórrogas.

Tales prórrogas se conceden en estricto respeto a este ejercicio del derecho de defensa y los tribunales arbitrales —por regla general y salvo casos muy excepcionales— no deberían aceptar que se produzca más de una (solicitada necesariamente por la misma parte en relación al mismo acto procesal), en la medida de que, precisamente, esa situación ya sería inequitativa en torno a la parte que no está solicitando dicha prórroga, y que tiene todo el derecho de que el proceso avance y se lleve a cabo la audiencia.

Además, se debe tener en cuenta que estas solicitudes reiteradas de postergación de audiencias pueden obedecer —en algunos casos— a maniobras dilatorias, que los tribunales arbitrales deben sopesar en cada oportunidad». (CASTILLO FREYRE, Mario, Rita SABROSO MINAYA, Laura

de quien lo alega, siendo suficiente con que se sustente en una causa no imputable a la parte que solicita la prórroga.

Así, para nosotros, lo esencial es garantizar que los plazos fijados para la presentación de los escritos postulatorios se cumplan, al margen de si esos plazos fueron fijados directamente por las partes mediante consenso, responden al reglamento al que ellas se sometieron mediante el convenio arbitral o acuerdo posterior a este, o ha sido fijado por el tribunal arbitral. Y es que dada la importancia de esos escritos dentro del arbitraje y de las potenciales consecuencias de su presentación tardía (imposibilidad del demandante de formular pretensiones en el arbitraje y, de ser el caso, archivamiento del proceso), cualquier modificación que obedezca al pedido unilateral de una de las partes puede ser leído como una situación que vulnera el debido proceso en sus manifestaciones de trato igualitario y debida motivación.

2.2. El árbitro no es Dios: Los límites de la flexibilidad en el arbitraje y, con ello, de la libertad de la actuación de los árbitros

La flexibilidad en el arbitraje se contrapone a la rigidez de los procesos judiciales. Cuando las partes buscan flexibilidad, lo que buscan es flexibilidad en el diseño de las reglas del arbitraje. A diferencia de un proceso civil, en el cual las reglas están establecidas en el Código Procesal y son inamovibles dependiendo de cada tipo de proceso, en el arbitraje las partes y los tribunales arbitrales no tienen reglas de procedimiento imperativas y, por el contrario, pueden diseñarlas conforme las necesidades de las partes y del caso.[7]

CASTRO ZAPATA y Jhoel CHIPANA CATALÁN. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, ECB Ediciones y Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, vol. 26, pp. 624 y 625).

7 IÑIGUEZ, Eduardo. *De la flexibilidad y otros demonios (o lo que implica y no implica la flexibilidad en el arbitraje)*. Recuperaado de <https://www.enfoquederecho.com/2019/11/13/de-la-flexibilidad-y-otros-demonios-o-lo-que-implica-y-no-implica-la-flexibilidad-en-el-arbitraje/>.

En esa línea, la flexibilidad procesal es una de las características salientes de la institución arbitral y permite que la estructura del proceso se adapte, como un guante, a las características del proceso y al particular interés de las partes en función de la naturaleza, cuantía o complejidad de la controversia.[8] La libertad que tienen los árbitros para actuar en el proceso deriva precisamente de esta flexibilidad propia del arbitraje.

Desde la perspectiva de la función arbitral, José María Rojí, en posición que compartimos, subraya que la flexibilidad no constituye un fin en sí mismo, sino un medio a disposición de los árbitros para alcanzar con mayor eficiencia la verdad en el procedimiento arbitral que sirva para dictar un laudo que en derecho o equidad resuelva con justicia la controversia entre las partes. Es así que el referido jurista sostiene con acierto que, si la flexibilidad pierde ese objetivo, se prostituye, y cuando los letrados la utilizamos para dinamitar un procedimiento al que voluntariamente se sometieron las partes, buscando el beneficio de una de ellas, estamos haciendo flaco favor al arbitraje y siendo infieles a nuestro compromiso con la justicia y con la verdad.[9]

A efectos de asegurar que la finalidad de la flexibilidad no se deforme y termine siendo fuente de procesos injustos, se aceptan sus límites. El primero de ellos responde a las características contractuales que también lo justifican. Para entender esta idea cabe aquí citar las ilustrativas palabras del doctor Alfredo Bullard en torno al principio de flexibilidad y sus limitaciones:[10]

> [El arbitraje] es un lego en el cual las partes tienen mucha flexibilidad, los árbitros tienen flexibilidad, pero también hay limitaciones.

---

8 CORONEL JONES, César. Arbitraje y Procedimiento. *Iuris Dictio*, *7*(11), p. 37. Recuperado de <https://doi.org/10.18272/iu.v7i11.671>.

9 ROJÍ BUQUERAS, José María. «Arbitraje: Flexibilidad y verdad». En *Actualitat*, 2018, n.° 318, p. 52.

10 BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Actas del Sexto Congreso Internacional de Arbitraje 2012». En Biblioteca de Arbitraje. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre - Pontificia Universidad Católica del Perú-Universidad Católica San Pablo-Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, 2020, 2.ª edición electrónica, vol. 28, p. 45.

> En esa línea, creo que la respuesta a la pregunta pasa justamente por esta flexibilidad que el arbitraje tiene, pero ligado a su vez a su base contractual. La base contractual es fuente de flexibilidad, pero también es fuente de su rigidez, porque es flexible, porque pueden pactar las partes. Ahora, es flexible porque esos pactos suelen ser relativamente abiertos si le dan cierta discreción a los árbitros, pero es rígido porque lo que dice el acuerdo debe cumplirse y los árbitros, en principio y salvo excepciones, no están en posibilidad de modificar ese acuerdo o ir más allá del acuerdo.

Entonces y aplicando esto a nuestro caso de estudio, desde el derecho contractual y arbitral podemos aseverar que, si el plazo obedece al acuerdo de las partes y del tribunal arbitral, será necesario que todos ellos den su conformidad para modificarlo. Cuando el plazo tiene como origen el acuerdo de demandante y demandado, no podrá prorrogarse sin un nuevo acuerdo de ambos en ese sentido. No podemos sostener algo distinto cuando se acepta que el principio de flexibilidad tiene siempre como límite la autonomía privada de las partes que han decidido renunciar a su jurisdicción natural (judicial) para resolver sus controversias mediante un arbitraje.

Pero la autonomía de las partes no es el único límite al que se encuentra sujeta la flexibilidad del arbitraje sobre la que se sustenta la libertad de los árbitros para, entre otras cosas, prorrogar los plazos fijados en el proceso. Ello es así porque se reconoce que el arbitraje no coloca a sus participantes (árbitros, partes, centros de arbitraje, secretarios, peritos, etc.) por encima de las garantías que impone la Constitución para asegurar procesos justos.

Al respecto, cabe citar lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente n.° 00142-2011-AA/TC, en la cual se precisa lo siguiente:[11]

[11] Disponible en <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00142-2011-AA.html>.

12. Sin embargo de la especial naturaleza del arbitraje, en tanto autonomía de la voluntad de las partes y, al mismo tiempo, de la independencia de la jurisdicción arbitral, no supone en lo absoluto desvinculación del esquema constitucional, ni mucho menos del cuadro de derechos y principios reconocidos por la Constitución. Como ya ha señalado este tribunal, «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. (STC n.° 6167-2005-PHC/TC, fundamento 9).

13. Ello es así por cuanto la función jurisdiccional se sustenta y se debe a la norma fundamental, más allá de la especialidad sobre la que pueda versar o de la investidura de quienes la puedan ejercer. De este modo y aunque se dota a la justicia arbitral de las adecuadas garantías de desenvolvimiento y se fomenta su absoluta observancia, la misma se encuentra inevitablemente condicionada a que su ejercicio se desarrolle en franco respeto al orden constitucional y a los derechos de la persona.

[…]

24. Siendo el arbitraje una jurisdicción independiente, como *expresamente señala la Constitución, y debiendo toda jurisdicción poseer las garantías de todo órgano jurisdiccional (como las del Poder Judicial), es consecuencia necesaria de ello que la garantía del control difuso de constitucionalidad, prevista en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución,*[12] *pueda también ser ejercida por los árbitros en la jurisdicción arbitral, pues el artículo 138 no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal, como exclusiva de la jurisdicción ordinaria o constitucional; «por el contrario, la susodicha disposición constitucional debe ser interpretada de conformidad con el principio de unidad de la Constitución, considerando el*

[12] Artículo 138.- «La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.
En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior».

> *artículo 51. […], más aún si ella misma (artículo 38) impone a todos —y no solo al Poder Judicial— el deber de respetarla, cumplirla y defenderla*». (STC n.° 3741-2004-AA/TC, fundamento 9).
>
> 25. Esto resulta más evidente aún si se tiene en cuenta que, conforme ya ha destacado este tribunal, «*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». (STC n.° 6167-2005-PHC/TC, fundamento 11). En tal sentido, de presentarse en un proceso arbitral una incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los árbitros deben preferir la primera. (El resaltado ha sido agregado).

En esta misma línea, cabe resaltar lo señalado por el Tribunal Constitucional, en el sentido de «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.° 1567-2006-PA/TC)».[13]

Sobre este extremo, conviene remitirse también a lo expresado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en los expedientes n.° 6149-2006-PNTC y n.° 6662-2006-PNTC:[14]

---

13 Fundamento 16 de la Resolución del Tribunal Constitucional n.° 02851-2010-AA/TC. Disponible en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/02851-2010-AA.pdf>.

14 Disponible en <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06149-2006-AA%2006662-2006-AA.pdf>.

DEBIDO PROCESO

§2. El derecho al debido proceso y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional

35. Este Tribunal tiene afirmado que el derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución,[15] es un derecho cuyo ámbito de irradiación no abarca exclusivamente el campo judicial, sino que se proyecta, con las exigencias de su respeto y protección, sobre todo órgano, público o privado, que ejerza funciones formal o materialmente jurisdiccionales.

36. En ese sentido, el Tribunal ha expresado que las exigencias de su respeto y protección deben observarse en todos los procesos o procedimientos en los que se diluciden los derechos e intereses de las personas, sean estas personas jurídicas de derecho privado, órganos y tribunales administrativos, Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, Consejo Nacional de la Magistratura, Congreso de la República (en materia de juicio político y antejuicio constitucional), y también ante tribunales arbitrales, entre otros.

37. Se ha señalado, igualmente, que dicho derecho comprende, a su vez, diversos derechos fundamentales de orden procesal y que, en ese sentido, se trata de un derecho «continente». En efecto, su contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, cuyo cumplimiento efectivo garantiza que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre comprendida una persona, pueda considerarse como justo.

Como puede observarse, resulta imposible negar que las garantías del debido proceso son exigibles en sede arbitral, de donde se sigue que

15 Artículo 139.- «Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
[…]
3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.
[…]
5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.
[…]».

las actuaciones de todos los que participan en un arbitraje deben actuar respetando los límites impuestos por esas garantías.

Siendo así, podemos afirmar que la función arbitral y las facultades por las que su ejercicio se logre concretar a través de sus actuaciones a lo largo del arbitraje y la emisión del laudo por el que se resuelve la controversia, debe desarrollarse respetando las garantías constitucionales a las que se encuentra sujeto todo proceso. Sin el respecto de tales garantías, será imposible hablar de un proceso justo, lo que despoja de justicia también al resultado (laudo) de ese proceso.[16]

Pues bien, tomando como base lo desarrollado en torno a los límites al que se encuentra sujeto el principio de flexibilidad podemos entender

---

16 Sobre el particular cabe remitirse a lo señalado por Juárez Jurado:
«Sin embargo, la importancia de la mención del procedimiento arbitral en el presente punto es que en dicho procedimiento los sujetos partícipes (árbitro, partes, institución arbitral, secretaría arbitral, terceros, peritos, etc.) al realizar los actos procedimentales arbitrales correspondientes, pueden, a su vez, afectar derechos fundamentales de las personas o afectar, incluso, los bienes y valores constitucionales que sustentan propiamente al arbitraje. Particularmente, en cuanto a la actividad de los árbitros, estos en el desarrollo del procedimiento arbitral realizan permanentemente la aplicación del derecho o bien efectúan actos de decisión en relación a derechos e intereses de los sujetos intervinientes. De este modo, la justicia arbitral no solo se espera o se logra con el laudo arbitral, sino también con los actos procedimentales destinados al arribo del laudo y con los actos de su ejecución.
Por ello, en el procedimiento arbitral están también presentes los fundamentos y valores que sustentan la función arbitral, esto es, la libertad (principio de libertad de forma o de actuación arbitral), la justicia (decisión justa y razonable al interior del procedimiento arbitral), pero, particularmente, el procedimiento arbitral queda, a su vez, garantizado por el «debido procedimiento arbitral», esto es, el conjunto de garantías y derechos mínimos que posibiliten la existencia de un procedimiento arbitral justo y razonable, garantías varias de ellas que comparten con los derechos y principios de la función jurisdiccional (artículo 139 de la Constitución), como son la imparcialidad, la independencia, la motivación de las decisiones arbitrales, particularmente, del laudo arbitral, el derecho de prueba, la razonabilidad y proporcionalidad, etc.); sin embargo, existen, a su vez, principios-garantías propios del procedimiento arbitral, como son la independencia de la función arbitral y la no interferencia de la función judicial, el *kompetenz-kompetenz*, la libertad en la regulación de las actuaciones arbitrales, la eficacia de los laudos arbitrales y la colaboración judicial en la ejecución del laudo, etc.». (JUÁREZ JURADO, Eder. «Teoría del arbitraje y los fundamentos de su constitucionalización y del control constitucional». En *Biblioteca de Arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Universidad Católica San Pablo-Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, 2019, vol. 72, pp. 154 y 155).

los verdaderos alcances del numeral 4 del artículo 34 de la Ley de Arbitraje.

Por supuesto, para ello debemos tener claro que únicamente podremos comprender las restricciones que se imponen a la libertad de las actuaciones arbitrales que se ha consagrado en el numeral 4 del artículo 34 de la Ley de Arbitraje si rechazamos una lectura aislada; y, por ende, asistemática de la norma. Y es que el numeral 4 no puede interpretarse ni aplicarse ignorando las reglas previstas en los numerales previos de la norma, pues, de hacerlo, simplemente, se le despoja de sentido. El artículo 34 de la Ley de Arbitraje establece 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».

A partir de la lectura conjunta de los numerales 1 y 3 de la norma transcrita, queda claro que las partes pueden establecer con total libertad las reglas a las que tendrá que sujetarse el tribunal arbitral en sus

actuaciones. Es así que, en ejercicio de su autonomía privada, las partes pueden establecer reglas particulares o someterse a un reglamento arbitral, con el pacto adicional de reglas especiales. Únicamente cuando las partes no han establecido las reglas y/o se han sometido a un reglamento arbitral, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Sobre el particular es indispensable decir que cuando hablamos de un supuesto como este, se tratará de un arbitraje *ad hoc*; y en el arbitraje *ad hoc*, el tribunal arbitral establecerá determinadas reglas con absoluta libertad, pero esas reglas tienen que ser establecidas dentro del marco imperativo del convenio arbitral, salvo que las partes acuerden expresa o tácitamente modificarlo. Además, ni el acuerdo de las partes ni la voluntad de los árbitros puede superponerse al marco de las normas imperativas del Decreto Legislativo n.º 1071 y la Constitución Política del Estado.[17]

De otro lado, es fundamental que el árbitro permanezca siempre neutral otorgando a las partes las mismas oportunidades para actuar y contradecir, de tal manera que sus derechos sean debidamente expuestos, sustentados y no se vean vulnerados.[18] Es así que en el numeral 2 del ya referido artículo 34 se precisa que «el tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos».

El numeral 2 de la norma califica como una norma imperativa que nos recuerda que el tribunal arbitral debe tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos. Y decimos nos recuerda porque, en estricto, ese numeral no hace otra cosa que recoger legislativamente las garantías constitucionales

---

17 CASTILLO FREYRE, Mario, Rita SABROSO MINAYA, Laura CASTRO ZAPATA y Jhoel CHIPANA CATALÁN. «Comentarios a la Ley de Arbitraje». *Op. cit.,* 2.ª parte, p. 614.

18 VILLANUEVA NÚÑEZ, Ludovina. «Limitaciones en las facultades de los árbitros». En *Biblioteca de Arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Universidad Católica San Pablo, 2018, vol. 57, pp. 25 y 26.

del debido proceso que también resultan exigibles en la jurisdicción arbitral.

En este marco, resulta imposible que pueda asumirse que al amparo de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 34 de la Ley de Arbitraje los árbitros puedan ampliar los plazos de manera arbitraria. A «su solo criterio» debe ser interpretado y aplicado, necesariamente, respetando los acuerdos de las partes y las garantías constitucionales del debido proceso.

En esa línea corresponde sostener y precisar que la resolución u orden procesal por la que se resuelva la solicitud de una ampliación del plazo deberá estar debidamente motivada. Cuando ello no ocurra estaríamos en una situación de abuso que supondría la vulneración del debido proceso. Así, por ejemplo, la absoluta ausencia de motivación por parte del tribunal arbitral determinaría que, incluso en el supuesto de que se considere que los árbitros no requerían el acuerdo de las partes para autorizar el pedido de ampliación del plazo, su decisión no sea acorde a derecho y, por el contrario, suponga la violación del derecho al debido proceso de la parte afectada que objete tal decisión.

Hecha esa precisión y centrándonos ahora en la hipótesis de incidencia que sirve de objeto de valoración a este trabajo, debemos recordar que en tal supuesto de hecho el plazo para la presentación de los escritos postulatorios fue el resultado del acuerdo de las partes. Ese acuerdo, que las partes y el tribunal arbitral plasmaron en el Acta correspondiente, responde, entonces, a la aplicación del numeral 1 del artículo 34 de la Ley. El tribunal arbitral no podía decidir por sí mismo y sin consenso de las partes, dejar sin efecto los actos postulatorios previos y modificar los plazos previstos para la presentación de tales actos postulatorios. Es así que, para modificar el plazo de treinta días hábiles que había sido fijado al inicio del proceso y por acuerdo del demandante y del demandado, era necesario que ambas partes den su consentimiento.

Así las cosas, tomando en consideración que el acuerdo en torno al plazo de presentación de los actos postulatorios tiene como fuente el consenso de las partes, no resultaría aplicable el numeral 4 del artículo 34 de la Ley, en tanto ese numeral solo faculta al tribunal arbitral a ampliar los plazos que el propio colegiado haya establecido para las actuaciones arbitrales, es decir, aquellos que no deriven de la voluntad de las partes. Y es que, como hemos precisado, la voluntad de las partes es un límite al principio de flexibilidad del arbitraje sobre el que se sustenta la libertad de las actuaciones de los árbitros y su facultad de modificar los plazos.

El acuerdo de las partes en esta materia limita las facultades del tribunal arbitral, a quien ya no le corresponde decidir las reglas que considere más apropiadas, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Vinculado a esto no debe olvidarse que las facultades reglamentarias de modificación de plazos previstas en el reglamento arbitral al que se hayan sometido las partes no son aplicables a los plazos establecidos por acuerdo de ambas. Así pues, dichas facultades reglamentarias de modificación son aplicables solo para aquellos plazos establecidos de manera unilateral por el tribunal arbitral (por ejemplo, el plazo para elaborar una pericia) y siempre debidamente justificado en un motivo razonable dadas las circunstancias. Caso contrario, no habría plazo que valga, pues siempre el tribunal arbitral lo podría modificar de manera inconsulta y unilateral en perjuicio de la justicia y eficiencia del proceso.

De manera general, podemos decir que, en principio, el tribunal arbitral puede modificar únicamente los plazos establecidos por él mismo y siempre que la valoración de los hechos permita concluir que ello no supone un trato desigual ni vulnera el derecho de defensa de alguna de las partes. Los árbitros, sin embargo, salvo situaciones absolutamente excepcionales de caso fortuito o fuerza mayor y siempre

que la decisión sea debidamente motivada, no podrán modificar aquellos plazos que se hayan fijado por acuerdo con las partes.

Sin perjuicio de lo advertido, reiteramos que debe rechazarse la discrecionalidad irrestricta de los árbitros para ampliar los plazos de presentación de los escritos postulatorios. Juzgamos que únicamente habrá argumentos para defender la actuación de los árbitros que concedan al demandante una solicitud de ampliación del plazo de presentación de los escritos postulatorios sin el asentimiento del demandado siempre que confluyan los siguientes elementos:

- Que el demandante solicite la prórroga explicando el motivo en mérito del cual lo hace y aportando los medios probatorios que lo acrediten.

- Que el tribunal arbitral corra traslado de la solicitud al demandado.

- Que el tribunal arbitral tome su decisión luego de valorar la causa alegada por el demandante, aceptándola única y exclusivamente si la misma puede calificarse como un hecho imprevisible, irresistible y fuera del control objetivo del demandante.

- Que, si luego de esa valoración considera que debe aceptar el pedido, fundamente su decisión en la resolución u orden procesal correspondiente.

En otras palabras, al margen de si el plazo original ha sido determinado por las partes, en reglamento o los propios árbitros dadas las circunstancias del caso, el tribunal arbitral no puede, a voluntad, modificar ese plazo por mero capricho. Tampoco puede modificarlo por el solo pedido de alguna de las partes. Para que la modificación del plazo no califique como un abuso de las facultades de los árbitros y una conducta que suponga la vulneración del debido proceso por imponer

en los hechos un trato injusto y desigual, tiene que existir un motivo razonable que explique y justifique la variación de las reglas dispuestas en torno a ese plazo.

Sobre este tema es importante subrayar que cuando se concede el plazo solicitado por el demandante sin tomar en cuenta la posición del demandado, el tribunal arbitral hace prevalecer la voluntad del primero, vulnerando el derecho al trato igualitario del segundo.

Nos explicamos.

Partiendo de lo señalado podemos concluir que, por cuanto el tribunal arbitral del caso real que nos sirve de ejemplo, por mayoría, decidió el pedido del demandante sin importarle si el demandado estaba de acuerdo o no con la propuesta de modificación del plazo al punto que ni siquiera corrió traslado de la solicitud antes de decidir, se violó su derecho trato igualitario.

Así, lo decidido por esos dos árbitros constituye una vulneración al derecho de igualdad entre las partes y viola, por ende, el derecho al debido proceso y de defensa. Siendo ello así, además de ir contra los principios más básicos del derecho contractual, supone una violación a la regla del numeral 2 del artículo 34 de la Ley de Arbitraje y a la garantía constitucional del debido proceso consagrado en el artículo 139 de la Constitución. Tal regla y garantía prohíbe al tribunal arbitral tratar a las partes sin igualdad y a despojar alguna de ellas de la oportunidad de hacer valer sus derechos.

Resulta sumamente importante destacar que la medida del tribunal arbitral consistente en ampliar el plazo del demandado para contestar la demanda y formular reconvención, no subsana, de modo alguno, la violación al principio de igualdad, por las siguientes razones:

a) Porque ignora la voluntad del demandado, quien no solicitó prórroga alguna, ni tampoco está de acuerdo con la ampliación del plazo.

b) Porque lo que le favorece al demandante no tiene por qué favorecerle al demandado, quien podría ya haber realizado todas las previsiones del caso para diseñar su estrategia en razón del plazo establecido en el acta correspondiente, plazo que era de conocimiento de ambas partes y al que se arribó por acuerdo tripartito.

c) Porque ese plazo adicional solicitado por el demandante y concedido por el tribunal arbitral por voto en mayoría, representaba para el demandando, en el proceso la diferencia entre ser demandado o no serlo. Con lo cual, no hay duda alguna respecto de que existe una evidente violación sus derechos, pues lo colocan en una posición de demandado que no le corresponde, en tanto el demandante no habría cumplido con presentar sus pretensiones, fundamentos y medios probatorios dentro del plazo establecido en el Acta por acuerdo de las partes.

2.3. Sobre la anulación de un potencial laudo sobre la base de la modificación del plazo que efectúe el tribunal arbitral

Tomando como presupuesto lo desarrollado hasta este momento, corresponde analizar los mecanismos que tendría la parte afectada por la decisión de los árbitros que ampliaron el plazo para la presentación de los escritos postulatorios ante la solicitud de su contraparte.

En realidad, esos mecanismos ya los hemos delineados al describir el supuesto de hecho objeto de análisis dado que, en estricto, la parte afectada del caso que nos sirve de ilustración se condujo de manera diligente, haciendo todo lo que la ley le permitía para tutelar los derechos que consideraba vulnerados con la actuación arbitral. En este sentido,

podemos afirmar que el demandado que se vea afectado por una situación como la planteada debería hacer lo siguiente:

i. Solicitar la reconsideración de la resolución u orden procesal que concedió la ampliación. De no hacerlo dentro del plazo establecido para ello, el demandado estaría consintiendo lo decidido por los árbitros, lo que impediría que en un momento posterior pudiera alegar que sus derechos han sido vulnerados.[19] Si lo considera necesario para evitar que empiece a correr el plazo para contestar y reconvenir, podría solicitar que no se le notifique el escrito de demanda hasta que se resuelva la reconsideración, lo que debería aceptarse dado que si su reconsideración se declare fundada correspondería el archivamiento del proceso debido a que el demandante no habría cumplido con presentar oportunamente su escrito postulatorio.

ii. Si la reconsideración se declara fundada y el demandado opta por no formular pretensiones, se tendría que archivar el proceso y el demandante tendrá que presentar de nuevo su petición arbitral. si su reconsideración se declara infundada, lo idóneo sería que reitere que se encuentra disconforme con lo decidido y, además, que recuse a los árbitros que concedieron el plazo y desestimaron la reconsideración. Somos de la opinión que esa recusación debería prosperar lo que supondría que se deba recomponer al tribunal arbitral.

iii. Al margen de que los nuevos árbitros estén o no de acuerdo con lo decidido por sus predecesores en torno a la ampliación del

---

19 Al respecto, cabe remitirse el artículo 11 de la Ley de Arbitraje, cuyo texto es el siguiente:
Artículo 11.- «Renuncia a objetar.
Si una parte que conociendo, o debiendo conocer, que no se ha observado o se ha infringido una norma de este Decreto Legislativo de la que las partes pueden apartarse, o un acuerdo de las partes, o una disposición del reglamento arbitral aplicable, prosigue con el arbitraje y no objeta su incumplimiento tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a objetar el laudo por dichas circunstancias».

plazo, el arbitraje tendría que continuar porque tal ampliación habría quedado firme.

iv. Si el laudo le favorece al demandado no cuestionará su validez por la ampliación del plazo para presentar la demanda. El demandante, aunque no le guste el resultado, tampoco podrá usar esa situación como una causal para solicitar la anulación del laudo dado que es la parte que pidió la prórroga. Si, por el contrario, el laudo no le favorece al demandado lo más probable es que solicite su anulación.

En este esquema que confirma que la conducta del Demandado de nuestro caso de ilustración fue idónea dadas las circunstancias, consideramos importante centrarnos en el mecanismo de la anulación, por dos razones. Primero, porque la anulación no depende de la voluntad de los árbitros que la conceden ni de la firmeza de la resolución. Quien decidirá la anulación es un tercero en la vía judicial. Segundo, porque este mecanismo es el que, por sus consecuencias, no permitirá luego entender que, sin que importe la fortaleza de las posiciones jurídicas que hemos delineado en el numeral II.1 de este artículo a favor de la facultad de los árbitros de conceder la prórroga pedida por una sola de las partes para presentar su escrito postulatorio, lo cierto es que se trata de una decisión potencialmente perjudicial para todos los involucrados.

Veamos.

Para proteger a la institución arbitral, para no dinamitar sus cimientos, el legislador ha previsto que las causales por las que se pueda destruir un arbitraje sean pocas y taxativas. Entre esas causales, que se encuentran previstas taxativamente en el artículo 63 de la Ley de

Arbitraje,[20] no se encuentra la disconformidad de una de las partes con el reajuste de los gastos arbitrales que se haya efectuado en el proceso.

---

[20] Conforme lo establece el artículo 63 del decreto legislativo que norma el arbitraje, las causales de anulación de un laudo arbitral son las siguientes:
Artículo 63.- «Causales de anulación
1. El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:
   a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.
   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.
   d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.
   e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.
   f. Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.
   g. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.
2. Las causales previstas en los incisos a, b, c y d del apartado 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.
3. Tratándose de las causales previstas en los incisos d. y e. del apartado 1 de este artículo, la anulación afectará solamente a las materias no sometidas a arbitraje o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás; en caso contrario, la anulación será total. Asimismo, la causal prevista en el inciso e. podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación".
4. La causal prevista en el inciso g. del apartado 1 de este artículo solo será procedente si la parte afectada lo hubiera manifestado por escrito de manera inequívoca al tribunal arbitral y su comportamiento en las actuaciones arbitrales posteriores no sea incompatible con este reclamo.
5. En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso a. del apartado 1 de este artículo se apreciará de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano, lo que resulte más favorable a la validez y eficacia del convenio arbitral.
6. En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso f. podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.
7. No procede la anulación del laudo si la causal que se invoca ha podido ser subsanada mediante rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo y la parte interesada no cumplió con solicitarlos.
8. Cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio, residencia habitual o lugar de actividades principales en territorio peruano, se podrá acordar expresamente la renuncia al recurso de anulación o la limitación de dicho

En el inciso 2 del artículo 62, se realiza una precisión adicional, a saber, que el recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo y que está prohibido, bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestos por el tribunal arbitral.

Al respecto, debe indicarse que la norma del referido artículo 62 prohíbe que los tribunales ordinarios se pronuncien sobre el contenido de la decisión, prohibiendo, por ende, que se discuta si tal decisión ha sido o no acertada. De igual manera, prohíbe que se califiquen los argumentos, los fundamentos o los criterios adoptados. Si ellos son adecuados o inadecuados, o si las motivaciones son correctas o fundadas en Derecho o no lo son, o si las interpretaciones son las pertinentes, no constituye materia que sea de competencia del tribunal que resuelva el recurso de anulación. En tal sentido y como destaca Ana María Arrarte, el análisis que realicen los tribunales judiciales debería limitarse a verificar la validez formal y del procedimiento en el que el laudo ha sido dictado.[21]

Esta aclaración también resulta significativa, en la medida en que fija de manera incontrovertible los alcances de este mecanismo, distinguiéndolo nítidamente del recurso de apelación. Y es que mientras que el recurso de apelación sí permite la revisión de los fundamentos de las partes, de la prueba y de la aplicación e interpretación del derecho (es decir, del análisis del fondo de la controversia resuelta en el laudo), el recurso de anulación solo tiene por objeto la revisión de la validez formal de los laudos.

---

recurso a una o más causales establecidas en este artículo. Si las partes han hecho renuncia al recurso de anulación y el laudo se pretende ejecutar en territorio peruano, será de aplicación lo previsto en el título VIII».

21 ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. "De la interrelación a la interferencia del Poder Judicial en los procesos arbitrales: límites de su actuación". En *Thémis*. Revista de Derecho, n.º 53, p. 100.

Esto significa que al fundamentar el recurso de anulación no se debería pedir a los jueces que analicen la validez de las razones o criterios que determinaron que el tribunal arbitral resolviera la controversia de la manera en que lo hizo. tampoco debería solicitarse la interpretación del derecho ni la valoración de los hechos efectuadas por el colegiado. Y es que lo único que se debería poder analizar en sede judicial es lo relativo a la declaración de validez o nulidad de ese laudo en función de las causales taxativas establecidas en el artículo 63 de la Ley de Arbitraje.

Atendiendo a lo señalado, consideramos conveniente referirnos a la posibilidad de sustentar la demanda de anulación del Laudo en la vulneración del derecho constitucional al debido proceso y, concretamente, a la vulneración del derecho de defensa, al trato igualitario, al del derecho a la debida motivación de las resoluciones. Ello, dado que son esos los derechos y garantías constitucionales que podrían haberse visto afectados por la prorroga que otorgue el tribunal arbitral ante el pedido unilateral de una de las partes de ampliar el plazo para presentar los escritos postulatorios.

Conviene indicar que lo usual es que los tribunales judiciales que califican la violación del derecho al debido proceso y sus distintas manifestaciones, como una causal de nulidad del Laudo, lo hagan reconociendo como base legal la lectura conjunta del literal b del inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje y de la duodécima disposición complementaria de la misma ley. El tenor de esas disposiciones legales es el siguiente:

> Artículo 63.- «Causales de anulación
>
> 1. El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:
>
> […]

> b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, *o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos*.
>
> […]». [El resaltado es nuestro]
>
> Duodécima.- «Acciones de garantía
> Para efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, se entiende que el recurso de anulación del laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo».

A partir de la lectura de ambas normas, lo jueces han encontrado una vía para alegar que procede la anulación por la vulneración del derecho constitucional del recurrente. Estas normas, entonces, permitirían sustentar una potencial demanda de anulación en la vulneración del derecho constitucional al debido proceso y todo lo que este supone.

Esta posición se condice con lo decidido por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente n.° 00142-2011-PA/TC. En dicha sentencia tal tribunal señala que «en tanto es posible que mediante el recurso de anulación de laudo resulte procedente revertir los efectos del pronunciamiento arbitral en los casos en los que este involucre la afectación de derechos constitucionales, su naturaleza no es la de una vía previa, es decir la de una instancia anterior al proceso constitucional, sino más bien, la de una vía procedimental igualmente satisfactoria, en los términos a los que se refiere el artículo 5 del inciso 2) del Código Procesal Constitucional. En tales circunstancias, quien acuda al recurso de anulación de laudo debe saber que lo que la instancia judicial decida ha de ser lo definitivo, sin que sea posible *a posteriori* acudir al proceso constitucional de amparo, ya que en este supuesto es de aplicación el inciso 3 del artículo 5 […]».

La decisión citada permite concluir que el Tribunal Constitucional reconoce que el recurso de anulación del laudo es una vía específica e

idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo.

Cabe notar que, en nuestra experiencia profesional, hemos tenido acceso a sentencias de anulación de laudos en los que se ha destacado que la duodécima disposición complementaria de la Ley de Arbitraje no constituye una causal adicional a las previstas en el artículo 63 de la misma ley. En esa línea, las Salas Comerciales suelen interpretar que, si bien el recurso de anulación de laudo protege cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado dentro del arbitraje, quien lo formule deberá adecuar sus alegatos dentro de las referidas causales establecidas en forma taxativa.

Sobre este tema, conviene remitirse nuevamente a la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente n.° 00142-2011-AA/TC, en la cual se precisa lo siguiente:[22]

> 18. Este Colegiado estima que en tanto es posible que mediante el recurso de anulación de laudo resulte procedente revertir los efectos del pronunciamiento arbitral en los casos en los que este involucre la afectación de derechos constitucionales, su naturaleza no es la de una vía previa, es decir la de una instancia anterior al proceso constitucional, sino más bien, la de una vía procedimental igualmente satisfactoria, en los términos a los que se refiere el Artículo 5 inciso 2) del Código Procesal Constitucional. En tales circunstancias quien acuda al recurso de anulación de laudo debe saber que lo que la instancia judicial decida ha de ser lo definitivo, sin que sea posible *a posteriori* acudir al proceso constitucional de amparo, ya que en este supuesto es de aplicación el inciso 3 del artículo 5 del CPConst.
>
> 19. Que opere este cambio en la manera de concebir el recurso judicial de anulación no significa que el amparo arbitral esté condenado a su desaparición. Simplemente se trata de reacomodarlo a su verdadera naturaleza que no es otra que la de un mecanismo corrector absolutamente

[22] Disponible en <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00142-2011-AA.html>.

> excepcional, sujeto a supuestos excepcionales que esta sentencia señalará a continuación.
>
> 20. De acuerdo con lo indicado líneas arriba y con la finalidad de establecer de modo claro y preciso los criterios a utilizarse en materia de amparo arbitral, este Supremo Intérprete de la Constitución establece, con calidad de precedentes vinculantes, las siguientes reglas:
>
> ***Improcedencia del amparo arbitral***
>
> a) El *recurso de anulación* previsto en el Decreto Legislativo n.° 1071, que norma el arbitraje y, por razones de temporalidad, los *recursos de apelación y anulación* para aquellos procesos sujetos a la Ley General de Arbitraje (Ley n.° 26572) constituyen *vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de derechos constitucionales*, que determinan la improcedencia del amparo de conformidad con el artículo 5, inciso 2), del Código Procesal Constitucional, salvo las excepciones establecidas en la presente sentencia.
>
> […].

Tomando en cuenta el supuesto de hecho objeto de este artículo, a partir de lo precisado se podría sustentar una demanda que tenga como causal la violación al derecho de defensa de quien hubiera sido afectado con la prórroga del plazo para la presentación de los escritos postulatorios, el derecho al trato igualitario y, de ser el caso, a la debida motivación, todos ellos manifestaciones concretas del derecho constitucional al debido proceso.

Así las cosas, es jurídicamente viable sustentar una demanda de anulación de un laudo alegando la vulneración del derecho al debido proceso, sosteniendo para ello que durante el desarrollo del arbitraje se ha configurado una situación que ha supuesto la trasgresión de las garantías que tal derecho impone, determinando que el proceso no sea justo.

Por supuesto y como hemos advertido, para alegar tal vulneración es preciso invocar una de las causales del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, en este caso sería la prevista en el literal b) del numeral 1 de dicha norma.

Sin perjuicio de lo precisado, sería posible que en una potencial demanda de anulación, la trasgresión del derecho a la debida motivación de las resoluciones o el derecho de defensa y trato igualitario se sustenten en el literal c) del numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje. Ello, argumentando que el tribunal arbitral habría actuado de manera irregular incumpliendo lo prescrito por la Ley de Arbitraje en su artículo 34.

Nótese, entonces, que, desde la perspectiva jurídica, es posible sustentar los supuestos vinculados a la violación de las garantías contenidas en el derecho al debido proceso, tanto desde la causal prevista en el literal b) del numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, como en el literal c) de la misma norma. Por precaución, incluso sería posible sustentar ambas posibilidades advirtiendo que en caso el tribunal judicial no considere que resulta aplicable el referido literal b), se declare la anulación sobre la base de lo previsto en el literal c).

En todo caso, lo relevante es que el demandado afectado por la ampliación del plazo concedida por el tribunal arbitral tendrá argumentos para demandar que se declare nulo el laudo que se emita en ese proceso ya que, como hemos advertido, tendría razones sólidas para sustentar que se ha vulnerado el debido proceso y su derecho al trato igualitario, sin que el principio de flexibilidad califique como un contrargumento capaz de sustentar la validez de la actuación arbitral. Sus argumentos serían aún más sólidos si la decisión de los árbitros careciera de una debida motivación.

En todo caso, es importante reiterar que el principio de flexibilidad del arbitraje tiene como límite el que las actuaciones que desarrolle el

tribunal arbitral no transgredan los acuerdos y mantengan una igualdad de trato para las partes involucradas.

Así, por ejemplo, lo ha sostenido la Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial, del expediente n.° 826-2010 que precisamente declaró fundada una demanda de anulación que se sustentó en la prórroga del plazo concedido por los árbitros en el caso que nos sirve de ilustración en el presente artículo. Al respecto, cabe citar el considerando Octavo, en el cual se resalta lo siguiente:

> Octavo:
>
> […]
>
> El principio de flexibilidad, que da personalidad propia al proceso arbitral, lo caracteriza y configura una de sus distinciones respecto del proceso judicial, no está pensado en absoluto para violar acuerdos de las partes ni menos para imponer de modo arbitrario una nueva regla por sobre aquellos (como en este caso, modificando el plazo de 10 días y convertirlo en 11 días), lo que desnaturaliza el propio principio, lesiona la seguridad jurídica y, lo que es peor, afecta el fundamental principio de igualdad, que importa tratar a ambas partes en igualdad de condiciones sin romper la ley (en este caso proveniente del acuerdo) a favor de una de ellas para luego pretender componer el destrozo por medio de un forzadísimo y nada convincente otorgamiento de un día adicional a la otra parte para que se crea que se ha restablecido dicho principio.

3. CONSIDERACIONES PRAGMÁTICAS: TODOS PIERDEN, ESPECIALMENTE EL DEMANDANTE QUE SOLICITA LA PRÓRROGA

En los apartados precedentes hemos fundamentado el por qué consideramos que, como regla, los árbitros deberían rechazar los pedidos unilaterales de ampliación del plazo para la presentación de los escritos postulatorios, advirtiendo que, de no hacerlo, existirán altas probabilidades de que el eventual laudo que se emita pueda ser declarado

nulo. En esa línea, también hemos señalado que consideramos que solo se justificaría que se otorgue la ampliación cuando las circunstancias, debidamente acreditadas y valoradas, permitan concluir que la razón por la que se solicita tal ampliación califica como un evento imprevisible, irresistible y fuera del control objetivo de quien lo solicita.

Sin perjuicio de lo señalado, nuestro interés fundamental al describir el caso real que inspira este artículo es subrayar que el que se acepte el pedido del demandante y, ante la objeción del demandado, se desestime la reconsideración que formule, en estricto, genera consecuencias negativas para todos los involucrados en el arbitraje, especialmente para el propio demandante.

Veamos.

Por un lado, los árbitros que adoptaron la decisión de conceder la prórroga en contra de la voluntad del demandado se verán perjudicados pues probablemente serán recusados, siendo también muy probable que, si no optan por renunciar, esa recusación sea estimada. De este modo, esos árbitros, sin importar las buenas intenciones que hayan tenido, terminarán alejados del arbitraje en cuestión.

Por supuesto, esta situación supondrá que el arbitraje, por una decisión adoptada en la etapa postulatoria, deba dilatarse pues será necesario recomponer al tribunal arbitral. Y los nuevos árbitros hasta podrían estar en desacuerdo con la decisión adoptada por sus predecesores, pero en la medida en que ella habría quedado firme, no podrán hacer nada al respecto. Esta situación que en efecto ocurrió en el caso objeto de estudio en la que, inclusive, los nuevos árbitros expresaron su posición al respecto durante el desarrollo del arbitraje y el propio laudo que emitieron, supone que en la práctica se continúe con un proceso arbitral que tiene enormes probabilidades de no servir de nada.

El que el resultado del arbitraje sea o no útil dependerá de si el mismo favorece o no al demandado, por ser él quien se encontraría legitimado para solicitar la nulidad del laudo en función de la ampliación de plazo que, en contra de su voluntad, fue concedida en la etapa postulatoria por los árbitros a pedido del demandante.

Si el resultado es favorable al demandado, más allá de las recusaciones y las dilaciones vinculadas a ellas, el incidente no habría generado mayores perjuicios a las partes dado que el arbitraje habría culminado con un laudo cuya validez no se cuestionaría. no obstante, si el laudo no le es favorable resulta evidente que el demandado acudirá a la vía judicial para solicitar que se declare su invalidez.

En nuestra opinión, lo más probable es que el demandado que objetó la ampliación del plazo de presentación de los escritos postulatorios saldría victorioso en un eventual proceso de anulación, pues las violaciones a las reglas del proceso y la ley de arbitraje habrían supuesto la transgresión de sus derechos de defensa y de trato igualitario, así como del debido proceso.[23]

Pues bien, asumiendo que el laudo se declarare nulo, en aplicación del artículo 65 de la ley de arbitraje, ello implicaría que se deje sin efecto todo lo actuado hasta el momento en que se configuró la causal alegada por el demandando. En este caso, ese momento habría ocurrido cuando los árbitros desestimaron la reconsideración formulada por el demandado en contra de su decisión de aceptar la solicitud unilateral de prórroga formulada por el demandante.[24]

---

[23] Tal cual hemos expresado ya, para nosotros el eventual carácter infundado de su demanda de anulación solo podría justificarse en caso la solicitud de prórroga del demandante se hubiera sustentado en un supuesto imprevisible, irresistible y fuera de su control y el tribunal arbitral hubiera adoptado su decisión de manera motivada y valorando precisamente esa situación.

[24] Como hemos advertido, en el caso objeto de estudio cabría sustentar la invalidez del laudo tanto desde la causal b como desde la causal c del numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje. Lo cierto, sin embargo, es que en los hechos el que se estime una u otra causal no genera consecuencias diversas dado que en el artículo 65 del mismo cuerpo normativo se

Nótese que, en esencia, eso daría lugar a una suerte de viaje en el tiempo, dado que las partes se encontrarían nuevamente en la etapa postulatoria del proceso arbitral, aunque en esta «nueva versión», y a fin de evitar que se repita la historia, la reconsideración en contra de la ampliación del plazo para la presentación de la demanda se debería declarar fundada. En buena cuenta ello significaría aceptar que el demandante no presentó oportunamente la demanda, lo que conllevaría el archivamiento del proceso.

Al respecto, cabe recordar que cuando el demandante no presenta su demanda en el plazo establecido, se entiende que ha decidido no continuar con el arbitraje iniciado. En tal supuesto, el tribunal arbitral facultará a la otra parte para presentar sus pretensiones, caso en el cual el demandante no podrá, vía reconvención, incluir las pretensiones que correspondían a la demanda que no presentó, pues el plazo que tuvo para hacerlo venció.[25]

Resulta indiscutible que, en este escenario, en los hechos, demandante y demandado habrían perdido, pues ambos habrían malgastado recursos y esfuerzos en un proceso arbitral que nos los ha conducido a ninguna parte. Quien más habría perdido, sin embargo, sería el demandante, es decir, sería precisamente quien generó todo el problema solicitando una ampliación de plazo para la presentación de su demanda y quien, además, ante la negativa de su contraparte y pese a los incidentes

establece que «Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso b. del numeral 1 del artículo 63, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje desde el momento en que se cometió la violación manifiesta del derecho de defensa». Además, se precisa que «Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso c. del numeral 1 del artículo 63, las partes deberán proceder a un nuevo nombramiento de árbitros o, en su caso, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje en el estado en el que se no se observó el acuerdo de las partes, el reglamento o la norma aplicable». Como puede apreciarse, en uno y otro supuesto, la consecuencia práctica será dejar despojar de validez a lo actuado desde el momento en que se declaró infundada la reconsideración de la resolución u orden procesal que aceptó la solicitud de prórroga del demandante. Y es que como hemos explicado, ese hecho puede calificarse como una vulneración del debido proceso y también como una vulneración a la norma imperativa del numeral 2 del artículo 34 de la Ley de Arbitraje.

25 PEÑA ACEVEDO, Juan. «El proceso arbitral peruano». *Op. cit.,* p. 81.

procesales y las amenazas de nulidad hechas por el demandado, prosiguió el arbitraje.

Esa constatación nos permite afirmar que lo más lógico y menos riesgoso para el Demandante que necesita tiempo adicional para presentar su escrito postulatorio sería solicitar la ampliación del plazo, pero que en caso de que su contraparte rechace el pedido debería tratar de presentar su demanda de manera oportuna y, de no ser ello posible, debería optar por desistirse del proceso.

Luego, cuando termine de ordenar sus documentos o conseguir todos sus medios probatorios, el demandante podrá iniciar un proceso arbitral distinto, en el que sí cumpla con los plazos fijados y no se exponga a «crear» él mismo una causal de nulidad que despojaría de valor y utilidad tanto al eventual laudo que le favorezca como a todo el proceso. Si bien esa alternativa le impondría asumir ciertos costos, ellos serían muchos menores a los que tendría que enfrentar si continua el arbitraje, por lo que en estricto ese desistimiento redundaría en su propio beneficio.

Para finalizar, solo nos queda resaltar lo importante que es adoptar decisiones y actuar valorando no solo las fortalezas de los argumentos sobre las que se podrían sustentar, sino también las consecuencias que cada una de esas decisiones podría acarrear. El análisis de costos y beneficios debe ser parte de la evaluación que realice todo operador jurídico. Quien prescinde de ese análisis se coloca a sí mismo en una situación de desventaja al exponerse a riesgos y contingencias que pudieron haberse previsto y evitado.

TECNOLOGÍA + TRANSPARENCIA: LA LLAVE DEL ÉXITO PARA LAS MUJERES ÁRBITROS

Verónica Sandler Obregón *

En honor a mi abuela TT, pionera entre mujeres emprendedoras argentinas, ejemplo para muchos.

Sumario: 1. Introduction.— 2. El estado histórico de las cosas.— 3. Tecnología y transparencia.— 4. El cambio de paradigma: su efecto sobre las mujeres como árbitros.— 5. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Durante décadas, el mundo del arbitraje internacional ha denunciado la ausencia percibida de oportunidades para mujeres árbitros en los niveles más altos de la práctica del arbitraje. La explicación estándar de este desequilibrio se ha centrado en los sesgos inconscientes culturales y en la «tradición»,[1] que sin duda bien podrían haber sido las causas profundas de la ausencia de mujeres en el campo del derecho, y el arbitraje en particular, en épocas pasadas. Sin embargo, no creo que esta explicación sea completa para explicar el desequilibrio actual.

* Árbitra independiente. Profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y directora ejecutiva de la diplomatura de arbitraje de la Universidad Austral (Argentina). Cofundadora de *Women Way in Arbitration WWA LATAM)* y miembro del Comité Organizador de la Competencia Internacional de Arbitraje organizada por la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) y la Universidad de Buenos Aires (UBA).

1 DUHET, Paule-Marie. «Las mujeres y la revolución 1789-1794». París: Editions René Julliard, 1974, p. 74, VAIN, Leonor. «Evolución de los derechos de la mujer». Colección Ensayos. Madrid: Editorial Besana, 1989, p. 99.

Considero que deberíamos comenzar a analizar sí el papel menor que desempeñan las mujeres en el arbitraje no se puede complementar, en esencia, con el problema arraigado en los costos de adquirir información sobre árbitros nuevos y no «comprobados», un problema que ha sido endémico en el arbitraje.

Desde mi perspectiva, además de los sesgos inconscientes existentes producto de la propia tradición, lo que ha mantenido a las mujeres y nuevos participantes a ingresar a las filas de los árbitros está fuertemente vinculado a los «costos económicos». Me explico. La recopilación de información sobre árbitros desconocidos o el hecho de *arriesgarse* al nombramiento de nuevos árbitros genera costos y tiempo adicional que los operadores del arbitraje, empresarios y gerentes no suelen estar dispuestos a afrontar y solventar.

Mi tesis central expuesta en este documento es que una transformación sobre la participación de las mujeres en el arbitraje está a punto de ocurrir. Una *tormenta perfecta* se avecina en el arbitraje. La tormenta de las dos «T»**:** Transparencia y Tecnología («Efecto TT»).

El avance de la tecnología y la búsqueda de la transparencia en el mundo del arbitraje están: (a) expandiendo la demanda y la oferta de información sobre los árbitros y (b) reduciendo los costos de diseminar esa información entre los participantes del arbitraje. Por lo tanto, aquellas barreras que mantuvieron a las mujeres marginadas o sin plenitud de participación están por derrumbarse rápidamente. Consideró que el Efecto TT, permitirá mejorar la participación plena de las mujeres en el arbitraje.

Esta mutación impactará positivamente a las mujeres en tres aspectos fundamentales: (i) reducirá los costos financieros que implicaba «darse a conocer», ya que las mujeres podrán elevar su perfil profesional mucho más fácilmente sin los gastos que generaba ese desarrollo (por

ejemplo, el tener que participar físicamente en un sin número de conferencias en todo el mundo que son uno de los principales mecanismos por los cuales los interesados interactúan con árbitros potenciales); (ii) permitirá a las mujeres mostrar su desempeño como árbitros, académicas y administradoras de casos haciendo explícito el tipo de resultados logrados, la naturaleza de las disputas en cuestión, los montos en cuestión y, a menudo, los clientes involucrados; y (iii) ampliará la información disponible sobre el trabajo que realizan las mujeres en el arbitraje lo que permitirá a los usuarios confiar en información real para juzgar el desempeño.

No hay duda de que avance tecnológico están logrando que la información se vuelva más accesible y barata beneficiando a todos los nuevos interesados en ser árbitros.

2. EL ESTADO HISTÓRICO DE LAS COSAS

Los datos de la realidad muestran que durante muchas décadas los principales árbitros internacionales han estado formado por un reducido «grupo selecto» de varones. Justamente por ello, es habitual encontrar presente entre los miembros de distintos tribunales arbitrales internacionales los mismos árbitros.

Las estadísticas actuales de distintas instituciones de arbitraje internacional reflejan que en materia de nominaciones existe un «techo de cristal» para las mujeres que les impide formar parte del mundo de los árbitros habitualmente convocados. Las mujeres no superan el 30% promedio de árbitros.[2] Inclusive, las mujeres latinoamericanas, asiáticas

[2] Ver Reporte de ICCA, «Report of the Cross-Institutional Task Force on Gender Diversity in Arbitral Appointments and Proceedings» en <https://www.arbitration-icca.org/icca-reports-no-8-report-cross-institutional-task-force-gender-diversity-arbitral-appointments-and>.

o africanas siguen representando la minoría en nominaciones de mujeres árbitros.[3]

Como he señalado en mi hipótesis se trabajo, ese desequilibrio es el resultado de la escasa movilidad y renovación en las filas de árbitros generado por el costo económico que esto implica - para los operadores del arbitraje- seleccionar nuevos árbitros.

3. TECNOLOGÍA Y TRANSPARENCIA

El Efecto TT no es una predicción sobre algo que puede suceder en el futuro. El Efecto TT ya es un hecho palpable que está transformando el mundo del arbitraje en los últimos años. La existencia de un sistema arbitral estático y cerrado está quedando atrás. La tormenta renovadora sustentada en la «transparencia» y «tecnología» en el arbitraje se extiende con rapidez transformando los antiguos prejuicios y parámetros de acceso a la información.

La «transparencia» se ha empleado en el arbitraje bajo distintos contextos y dimensiones. Hoy, su uso está tan extendido que se requiere una mayor especificidad al determinarla. Por ejemplo, hablamos de transparencia cuando terceros (ONG, *Amicus* y otros) exigen participar por ejemplo en los arbitrajes de inversión (u otros arbitrajes que tengan importantes consecuencias de política pública) buscando su publicidad, y no su confidencialidad. Hablamos de transparencia cuando organizaciones como la IBA u otros toman la iniciativa en la creación de guías que regulan las obligaciones de los abogados o árbitros de revelar conflictos reales o posibles que históricamente habían permanecido ocultos o, incluso, más allá de la discusión.

---

3 Para más información sobre del tema ver <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/09/28/growing-gender-diversity-in-international-arbitration-a-half-truth/>.

Aquí, más específicamente, hablo de transparencia en el sentido de la amplia gama de intercambios de información sobre el carácter, antecedentes, decisiones, disponibilidad y desempeño de los árbitros en el arbitraje internacional, así como las reglas y medios tecnológicos para efectuar la difusión de esta información. No hay duda de que la tecnología está permitiendo mayor nivel de transparencia en el arbitraje. Permite que el *tesoro de la información* ya no se encuentre en manos de unos pocos conocedores, haciendo posible que todos los interesados puedan acceder libremente.

4. EL CAMBIO DE PARADIGMA: SU EFECTO SOBRE LAS MUJERES COMO ÁRBITROS

Por todas las razones mencionadas, los usuarios del arbitraje podrán acceder a una gama más amplia de información, mucho menos costosa, sobre árbitros disponibles para su selección y nombramiento.

Los costos, tiempos y la falta de disposición de información sobre los árbitros se reducirán drásticamente. Los usuarios ya no deberán limitarse a la selección de árbitros «tradicionales» sino que podrán acceder a información sobre participantes nuevos que pueden tener otras condiciones profesionales y experiencias. Al respecto, aclaro que no pretendo sugerir que los nombres «tradicionales» y conocidos dejarán de ser seleccionados ante el Efecto TT. Por supuesto, habrá casos que, por los montos involucrados, el tipo de disputa o la complejidad que presenten las confrontaciones entre las partes seguirá siendo recomendable contar con la experiencia de este grupo notable de árbitros tradicionales. Sin embargo, mi hipótesis es que a partir del Efecto TT es poco probable que ese conjunto de árbitros históricos permanezca tan estático como lo ha estado históricamente. Los operadores jurídicos cuentan actualmente con herramientas tecnológicas para acceder a candidatos mujeres y hombres con calidad profesional y buenos antecedentes que pueden representar mejor sus objetivos.

No hay duda de que la renovación de mundo arbitral abre las puertas al conocimiento, a tener miradas diferentes y consolidar la paridad de genero objetivo del siglo XXI. Esto significa, por un lado, una bocanada de aire fresco para el arbitraje, y, por el otro, condiciona a los árbitros tradicionales a no «dormirse en los laureles» debiendo actualizarse.

De hecho, los problemas de disponibilidad se habían convertido en una preocupación general, ya que los árbitros más conocidos podían tomar muchos casos superpuestos sin tener en cuenta el efecto que esto tenía en los usuarios, precisamente, porque las estadísticas e información eran muy difíciles de obtener y difundir. Esto claramente ya no será el caso. Y los árbitros se adaptarán más fácilmente que antes al tamaño y la importancia de los casos. Es probable que las mujeres aprovechen este proceso de «democratización» de la información y selección de árbitros. De hecho, aquellos que tienen más que ganar, como las mujeres, son los que menos se oponen al suministro y la difusión de esta amplia gama de nueva información disponible para el mercado y los que más cooperan con el mismo.

La falta de movilidad de los árbitros se había convertido en una preocupación general ya que los árbitros conocidos tomaban muchos casos sin tener en cuenta, muchas veces por falta de información, los efectos que esta concentración generaría en relación con la legitimidad del sistema arbitral. A partir del Efecto TT esto ya no sucederá, permitiendo que participen mayor cantidad de árbitros y que los usuarios tengan mayor cantidad de opciones. También hará que las mujeres aprovechen este proceso de «democratización y apertura» de la información y selección de árbitros pudiendo participar mas plenamente.

Ante este proceso de transformación es importante preguntar ¿qué deben hacer las mujeres y qué deben buscar fomentar en este proceso de desarrollo generado por el Efecto TT? Al respecto, considero que las mujeres deben comprender acabadamente las implicancias del cambio de paradigma que se está produciendo en el mundo arbitral y ver

—desde su lugar profesional y del trabajo que cada una desarrolle— cómo pueden beneficiarse legítimamente de este cambio.

Las mujeres debemos comprender que existen acontecimientos que cambiarán y potenciarán su futuro próximo como resultado del Efecto TT:

En primer lugar, las mujeres árbitros tendrán un acceso sin precedentes a los usuarios potenciales y al mercado como resultado de esta confluencia de transparencia y tecnología. Los motores de búsqueda de hoy permiten que mujeres que quieren desarrollar su carrera en el arbitraje puedan tener una mayor exposición a usuarios y tomadores de decisiones en arbitraje, tanto a nivel nacional como internacional. Pronto sucederá que nuestra tarjeta de presentación sea una simple búsqueda en Google.

En segundo lugar, ante este proceso de transformación, las mujeres aprenderán a utilizar las herramientas de marketing y cómo manejarse en las «redes sociales» de arbitraje para promover su presencia en el mundo del arbitraje. La revolución tecnológica genera nuevas metodologías que benefician a todos. La creación de un documento de identidad digital será fundamental para potenciar este Efecto TT.

En tercer lugar, la transparencia y la tecnología permitirán que las mujeres puedan difundir sus logros en el derecho y el arbitraje. Tendrán mayores herramientas y facilidad para difundir sus trabajos escritos, logros profesionales, cargos académicos y todo tipo de información que consideren relevante para los usuarios del proceso arbitral en la selección de abogados o árbitros.

Finalmente, la transparencia y la tecnología (y la posible aplicación de las herramientas de la inteligencia artificial) ofrecerá a los usuarios instrumentos más confiables y económicos para seleccionar árbitros sin

distinción de género, centrándose solo en aquellas características que puedan influir en los casos para los que sean seleccionados.

5. CONCLUSIÓN

Muchas veces cuesta comprender como ciertos cambios en el orden social, económico y tecnológicos impactan en nuestro quehacer diario. En el caso del ámbito del arbitraje el costo y riesgo económico que implicaba a quién elegir como árbitro está desapareciendo rápidamente gracias al Efecto TT. Los factores que históricamente han llevado a la inmovilidad del cuadro de árbitros principales van caducando frente a la posibilidad de elegir nuevos y diferentes árbitros sin incurrir en gastos.

Por otro lado, la falta de información sobre antecedentes de los árbitros ha dejado de ser un obstáculo gracias al Efecto TT. El presente promete conocer experiencias, antecedentes y condiciones en árbitros que antes no estaban en la *vitrina de exposición*, solo ocupada por árbitros varones, notables e históricos.

Espero que este trabajo y reflexiones sean útiles a muchas mujeres que están desarrollando su carrera de árbitros. Deseo que mi visión sobre el futuro que se avecina les sirva para tener una perspectiva diferente y compartan las transformaciones que se están produciendo en el ámbito arbitral como consecuencia del Efecto TT.

REEVALUANDO LA PRUEBA TESTIMONIAL EN EL ARBITRAJE CON EL APOYO DE LA PSICOLOGÍA

Vickhy Sonia Goicochea Lecca *

Sumario: 1. Introducción.— 2. Reglas de la IBA sobre práctica de la prueba.— 3. Práctica de la declaración de testigos.— 4. Informe de la Comisión de Arbitraje y ADR de la ICC.— 5. La memoria y su relación con la declaración de testigos.— 6. Sobre la valoración de la prueba testimonial.— 7. Conocer los límites, funcionamiento y problemas de la memoria nos conducirá a actuar y valorar la prueba testimonial con sustento científico.— 7.1. Interrogatorio.— 7.2. Contrainterrogatorio.— 7.3. De la preparación de los testigos.— 8. ¿Qué proponemos?— 9. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La eficiencia del arbitraje como mecanismo de solución de disputas comerciales y de inversión es indiscutible. La celeridad y especialización son sus mayores fortalezas. Su consolidación como mecanismo eficiente de solución de controversias requiere y demanda la contribución perma-

* Abogada por la Universidad Nacional de Trujillo (UNT), egresada de las maestrías en derecho civil y comercial (UNT) y maestría en derecho procesal y solución de conflictos de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Ha cursado **el** Seminario Internacional de Management y Negociación en Harvard University, DCE. Ha seguido cursos de especialización en contrataciones con el Estado y derecho administrativo en la Pontificio Universidad Católica del Perú. Miembro de *Arbitral Women*. Autora de diversas publicaciones vinculadas al derecho procesal y arbitraje**.** Su práctica se ha centrado en litigios judiciales y arbitrales.

nente de todos los actores que participan en los procesos arbitrales internacionales y domésticos. Debido a ello, árbitros, abogados, peritos e instituciones arbitrales se preocupan por actualizar sus conocimientos permanentemente, a fin de ofrecer un servicio de calidad encaminado a la optimización y satisfacción de las partes.

Esta contribución, además, involucra la constante evaluación de la realización de las prácticas aceptadas en el desarrollo del arbitraje para verificar que se encuentren en sintonía con los avances científicos y tecnológicos, a fin de determinar si corresponde incorporar modificaciones en las prácticas actuales.

La crisis sanitaria, ocasionada por el covid-19, que nos azota desde inicios del 2020 puso a prueba la continuidad y efectividad del arbitraje en un entorno sumamente hostil agravado por el desconocimiento de la enfermedad que determinó la paralización de numerosas actividades y el confinamiento en la mayoría de países.

Esta dramática situación fue enfrentada con oportuna resiliencia por las instituciones arbitrales y los actores que intervienen en el arbitraje, implementando audiencias virtuales con medidas que la tecnología ofrecía para preservar su confiabilidad, y evitar la disminución de la eficiencia de este mecanismo de solución de disputas, además, de la necesaria adaptación por árbitros y abogados en la realización de las audiencias, recurriendo a nuevas herramientas y a desarrollar habilidades que les permitieran presentar sus posiciones de manera concisa y efectiva.

La generalización del entorno de virtualidad también ocasionó la difusión de algunos temores en el mundo del arbitraje y en los sistemas de justicia, como la supuesta dificultad en la inmediación y los efectos que ocasionaría en la práctica de algunos medios de prueba, así como su probable incidencia en la valoración probatoria.

Estos temores se nutrieron de mitos y creencias distanciados de la ciencia como aquellas vinculadas a la dificultad que experimentarían los árbitros para detectar si el testigo está mintiendo porque el lente de la cámara de su ordenador no le permitiría apreciar su lenguaje corporal, sudoración, nerviosismo, etc.

En otra publicación[1] hemos desmitificado esta creencia arraigada en el mundo jurídico, debido a que estudios científicos han demostrado que una persona no está capacitada para detectar si una persona miente con solo contemplarla de manera virtual o presencial. No existen señales claras que el organismo humano emita cuando decida mentir y ejecute la mentira, tampoco la posibilidad que otra persona pueda captar esa señal, por lo tanto, la atribución de detección de mentiras a los árbitros por su experiencia u otra condición no cuenta con soporte científico.

Este ejemplo nos ha permitido comprobar la existencia de una situación que precede a la pandemia y que no había sido visibilizada con la claridad que esta nueva «normalidad» ha evidenciado.

Estos aportes científicos, a partir de la rigurosidad de su método científico determina la fiabilidad de sus conclusiones, las cuales son una muestra de la importancia que reviste la psicología especializada en la solución de controversias y que, desafortunadamente, recién hemos podido advertir en medio de esta crisis sanitaria.

Existe una preocupación compartida en el mundo del arbitraje internacional para consolidar su eficiencia a través de la especialización en las materias controvertidas que son objeto del arbitraje, así como también se realizan revisiones periódicas de las prácticas comúnmente aceptadas para implementar modificaciones, de ser necesario.

---

1 Disponible en <https://idealex.press/psicologia-del-testimonio-y-los-mitos-en-la-virtualidad/>.

Debido al entorno sanitario se han incorporado herramientas tecnológicas para el desarrollo y tramitación del proceso, preservando la confidencialidad a través de la ciberseguridad en el mundo de la virtualidad; sin embargo, otros temas poco conocidos por la mayoría de árbitros y abogados —pese a su relevancia en la práctica y valoración probatorias— no han sido abordados aún,[2] los mismos que incidirían de manera efectiva en la calidad de las decisiones que se adopten en el proceso arbitral.

Nos referimos a los aportes de la psicología experimental y, específicamente, a la psicología del testimonio que se ocupa del estudio de la mente humana, su funcionamiento, problemas, la exactitud de los recuerdos y credibilidad de las declaraciones, cuyos aportes científicos permitirían mejorar y modificar nuestra actual práctica arbitral dejando atrás mitos y creencias que no abonan a la ansiada eficiencia.

La adecuada toma de decisiones requiere una mirada integral de los elementos y variables involucradas, de modo que si dejamos de lado alguno de ellos, tendremos una evaluación parcial del universo y nuestra conclusión podría no ser la más acertada. Si extraemos conclusiones a partir de creencias e intuiciones, como sucede con la declaración de testigos y las prácticas desarrolladas en los interrogatorios y contrainterrogatorios, podríamos esperar resultados que se encuentren fuera del alcance y voluntad de sus protagonistas y, debido a ello, adoptar decisiones alejadas de lo que ocurrió en la realidad.

Compartimos la conclusión de que la pandemia nos ha traído tristeza, desolación y pobreza; sin embargo, debemos destacar que también nos ha dado una magnífica oportunidad para determinar si estamos dispuestos a abandonar paradigmas distanciados de la ciencia, enfrentar nuevos retos y asumir nuevos roles apoyados en la evidencia científica

[2] Salvo el Informe de la Comisión de Arbitraje y ADR de la ICC, que será desarrollado con amplitud en el numeral 3.

con el propósito de obtener decisiones (laudos) más objetivas y razonables que coadyuven al fortalecimiento del arbitraje como el mecanismo más eficiente de solución de disputas comerciales y de inversión.

2. REGLAS DE LA IBA SOBRE PRÁCTICA DE LA PRUEBA

El arbitraje es un método eficiente de solución de controversias. Su flexibilidad, especialización son sus principales fortalezas para consolidarlo como el mecanismo elegido para solucionar disputas comerciales y de inversión.

Diversos organismos internacionales han contribuido aportado instrumentos y herramientas para el desarrollo del procedimiento, algunas de las cuales son prácticas aceptadas en todo el mundo *soft low*.

Las Reglas sobre práctica de prueba de la *International Bar Association —IBA—* en el arbitraje internacional, es uno de los instrumentos de mayor relevancia, difusión y aceptación por la comunidad arbitral internacional. Fueron elaboradas en 1999 con la finalidad de orientar a las partes en la práctica de la prueba en el arbitraje internacional.

Tal como establece su preámbulo, «la IBA ha dictado estas Reglas como un recurso que proporcione a las partes y a los árbitros un procedimiento eficiente, económico y equitativo para la práctica de prueba en el arbitraje internacional. Las Reglas proporcionan mecanismos para la presentación de documentos, testigos, peritos e inspecciones, así como para el desarrollo de las audiencias en las que dichas pruebas se practica. Las Reglas están diseñadas para ser usadas y adoptadas conjuntamente con reglas institucionales, *ad-hoc* u otras reglas o procedimientos que puedan resultar de aplicación en arbitrajes internacionales. Las Reglas de la IBA sobre prueba reflejan procedimientos empleados en diferentes

sistemas legales y pueden ser de particular utilidad cuando las partes provienen de diferentes tradiciones legales».[3]

Estas directrices tienen como principal virtud armonizar las tradiciones jurídicas del *derecho civil* y del *common law* y la práctica internacional, convirtiéndose en una herramienta indispensable para las partes y árbitros en los procedimientos arbitrales.[4]

Estas pautas que tienen como objeto contribuir a la realización de un proceso eficaz de selección de pruebas, también constituyen guías orientadoras para la actuación probatoria en el arbitraje doméstico, siendo incorporadas por algunos centros arbitrales en sus reglamentos; no obstante, el acuerdo al que podrían arribar las partes para su implementación.

La trascendencia de este instrumento orientador en la realización de los procedimientos arbitrales ha motivado dos revisiones. En el 2010 y 2020. La segunda revisión se inició en el año 2016, conformándose la *task force* integrada por destacados miembros de la comunidad de arbitraje internacional de todo el mundo que inició su tarea el 2019, con la finalidad de garantizar que estas reglas continúen siendo uno de los instrumentos más diversos y representativos.

Esta revisión tiene como objeto clarificar las reglas, codificar algunas prácticas ampliamente extendidas y abordar nuevos retos tecnológicos vinculados con la práctica en el arbitraje internacional. Como principales modificaciones se encuentran las referidas a la ciber seguridad y protección de datos, audiencias virtuales, facultades del tribunal y obtención ilegal de pruebas.

---

3 *Las Reglas IBA sobre práctica de la prueba en el arbitraje internacional*, p. 10.

4 Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero DU & Uría. *Reglas de la IBA 2020 sobre práctica de la prueba en el arbitraje internacional.*

Es destacable el esfuerzo realizado por el grupo de trabajo orientado a implementar mejoras en la práctica de la prueba y, con mayor razón, la evacuación de su informe en el entorno covid-19, presentando las siguientes modificaciones:

Agrega *ciberseguridad y protección de datos* a la lista de cuestiones probatorias que se propone discutir entre el tribunal arbitral y las partes durante su consulta sobre cuestiones probatorias (artículo 2), (si) proporcionar, en términos explícitos, por la posibilidad de sostener *audiencias virtuales* (artículo 8) e incluir una definición del término «audición remota» (sección de definiciones), tanto como (C) insertar una disposición que faculte expresamente al tribunal arbitral para excluir potencialmente *evidencia obtenida ilegalmente* (artículo 9).[5]

Respecto de los testigos de hechos:

> Testigos de hechos (artículo 4)
>
> Artículo 4(6) del 2020 Las Reglas de la IBA ahora se han modificado para aclarar que las declaraciones de testigos de la segunda ronda pueden abordar «*nuevos desarrollos fácticos que no podrían haberse abordado en una declaración testimonial anterior»,* si se hace referencia o no en las presentaciones anteriores de otra parte:
>
> Artículo 4.- Testigos de hecho
>
> […]
>
> 6. Si se envían declaraciones de testigos, cualquier Parte puede, dentro del tiempo ordenado por el Tribunal Arbitral, Presentar al Tribunal Arbitral y a las otras Partes Declaraciones de testigos revisadas o adicionales, incluyendo declaraciones de personas no nombradas

[5] Arbitraje internacional. International Arbitration Information by Aceris Law LLC. Disponible en <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/revised-2020-iba-rules-on-taking-evidence-in-international-arbitration/>.

> previamente como testigos, siempre que dichas revisiones o adiciones respondan solo a:
> (una) asuntos contenidos en las declaraciones testimoniales de otra parte, Informes periciales u otras presentaciones que no se hayan presentado previamente en el arbitraje; o
> (si) *nuevos desarrollos fácticos que no podrían haberse abordado en una declaración testimonial anterior*.[6]

Con relación a las audiencias remotas con motivo de la pandemia originada por el covid-19 establece:

> Audiencias remotas (artículo 8 & Definiciones)
>
> El párrafo recién insertado 2 del artículo 8 (Audiencia probatoria) del 2020 Reglas IBA, introduce la posibilidad de llevar a cabo audiencias virtuales, que se convirtió en la nueva normalidad durante la *Pandemia de covid-19*.[7]
>
> Artículo 8.- Audición remota
>
> […]
>
> 2. A solicitud de una Parte o por iniciativa propia, el Tribunal Arbitral puede, después de consultar con las Partes, ordenar que la Audiencia Probatoria se lleve a cabo como Audiencia Remota. En ese evento, el Tribunal Arbitral consultará con las Partes con miras a establecer un protocolo de Audiencia Remota para llevar a cabo la Audiencia Remota de manera eficiente, justamente y, a la medida de lo posible, sin interrupciones involuntarias. El protocolo puede abordar:
>
> (una) la tecnología que se utilizará;
> (si) Prueba avanzada de la tecnología o capacitación en el uso de la tecnología.;

6 *Ibidem*.
7 *Ibidem*.

> (C) las horas de inicio y finalización teniendo en cuenta, en particular, las zonas horarias en las que se ubicarán los participantes;
> (re) cómo se pueden presentar los documentos ante un testigo o el tribunal arbitral; y
> (mi) Medidas para asegurar que los testigos que prestan testimonio oral no sean influenciados o distraídos indebidamente.

La definición de «audiencia remota» también se agrega a la sección «Definiciones» que precede a los artículos, que dice lo siguiente:

> Audiencia remota» significa una audiencia realizada, durante toda la audiencia o partes de la misma, o solo con respecto a ciertos participantes, usando teleconferencia, videoconferencia u otra tecnología de comunicación mediante la cual personas en más de un lugar participan simultáneamente.[8]

Finalmente, en cuanto a la exclusión de pruebas ilegalmente obtenidas establece:

> Admisibilidad y valoración de la prueba (artículo 9)
>
> Una disposición recién insertada en el artículo 9(3) del 2020 Las Reglas de la IBA estipulan que el tribunal «*mayo, a solicitud de una Parte o por iniciativa propia, excluir evidencia obtenida ilegalmente*». «El comentario proporciona el ejemplo de una grabación de una conversación sin el permiso de las personas involucradas en un país donde tal acto sería ilegal. Tal grabación bajo el nuevo artículo 9(3) puede ser considerado explícitamente inadmisible por el tribunal».[9]

Sin duda los aportes de las Reglas de la IBA son insoslayables y gozan de amplio reconocimiento a nivel mundial, permitiendo unificar la práctica de la prueba de diferentes sistemas jurídicos. Esta última revisión ha incorporado interesantes y oportunas modificaciones vinculadas

8 *Ibidem*.
9 *Ibidem*.

al entorno sanitario que nos afecta desde el año 2020, tales como los reproducidos precedentemente; sin embargo; este valioso instrumento no ha comprendido un tema transversal a las controversias en las que se discuten hechos, independientemente de la tradición jurídica en la que suscite o resuelva la controversia. Nos referimos al funcionamiento de la memoria de los actores que intervienen en el arbitraje, sus problemas y fallas, los recuerdos y su recuperación, la contaminación de los mismos, la preparación de los testigos, la forma en que se realiza el interrogatorio y contrainterrogatorio, entre otros.

Desafortunadamente este asunto de importancia gravitante para el arbitraje no ha sido visibilizado aún pese a que se trata de una tarea pendiente con anterioridad al estallido de la pandemia. Esta ausencia responde a lo que denomina la doctora Cartwright-Finch, la desconexión entre el arbitraje comercial y psicología.

En similar sentido, el reconocido árbitro internacional Tony Landau,[10] en relación a la vinculación de la psicología y el arbitraje internacional, sostiene que los procesos mentales son fundamentales para el arbitraje de varias maneras, ya sea en términos del razonamiento de los árbitros, la presentación de pruebas, la estructuración de los argumentos por parte de los abogados o la evaluación por las partes tanto del proceso arbitral como de la decisión final; pese a ello, cualquier practicante de arbitraje exitoso opera necesariamente como una especie de «psicólogo aficionado», debido a que constantemente evalúan cómo ciertos modos de presentación afectarán a los árbitros, cuál es la mejor manera de hacer que un testigo revele algo que están tratando de ocultar, entre otros.[11]

Tal como hemos señalado, estos tópicos son transversales a las controversias en las que se discuten hechos independientemente de la tradición jurídica en la que se resuelvan, en un proceso arbitral o judicial.

10 COLE, Tony. *The Roles of Psychology in International Arbitration*.
11 *Ibidem.*

Debido a ello, en el ámbito judicial el reconocido jurista italiano Michele Taruffo, de manera similar a lo expresado por el árbitro Landau —en el año 2008 denominaba «psicología amateur»— a la práctica desarrollada por jueces y abogados con ausencia de los conocimientos de la psicología del testimonio, exhortando a los operadores jurídicos a recurrir a los conocimientos especializados en esta materia para mejorar la práctica y valoración judiciales.

3. PRÁCTICA DE LA DECLARACIÓN DE TESTIGOS

Priori,[12] de acuerdo al preámbulo de las Reglas de la IBA en cuanto a práctica de prueba, destaca tres objetivos:

i. Procurar ofrecer un procedimiento eficiente para la práctica de la prueba.

ii. Procurar ofrecer un procedimiento económico para la práctica de la prueba.

iii. Procurar ofrecer un procedimiento equitativo para la práctica de la prueba.

Para lograr estos objetivos, las Reglas de la IBA ha estructurado la práctica de las pruebas: presentación de documentos, exhibiciones, pericias, declaración de testigos.

En cuanto a la declaración de testigos, nos referimos a aquellas disposiciones relacionadas con la forma de la declaración, declaración de decir la verdad, forma del interrogatorio, la ratificación. El artículo 4 establece:

12 PRIORI, Giovanni. «Apuntes sobre las Reglas de la IBA sobre práctica de prueba». En *Biblioteca de Arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, p. 89.

> Artículo 4.- «Testigos
>
> Dentro del plazo fijado por el tribunal arbitral, cada parte identificará los testigos en cuyo testimonio pretende basarse, así como el objeto de dichos testimonios.
>
> Cualquier persona, incluyendo una parte o un directivo, empleado u otro representante de la misma, podrá testificar.
>
> No será considerado impropio que una parte, sus directivos, empleados, asesores legales u otros representantes, entrevisten a sus testigos o potenciales testigos y discutan con ellos sus posibles testimonios.
>
> El tribunal arbitral podrá ordenar que cada parte presente ante este y ante las demás partes, dentro de un plazo específico, una declaración testimonial de cada testigo en cuyo testimonio intente basarse, salvo que se trate de testigos cuyo testimonio se solicite de conformidad con los artículos 4.9 o 4.10. Si se celebrasen audiencias probatorias sobre temas específicos u organizadas en fases (tales como jurisdicción, cuestiones preliminares, responsabilidad o daños y perjuicios), el tribunal arbitral o las partes mediante acuerdo podrán programar la presentación de declaraciones testimoniales en forma separada para cada tema específico o fase».

El numeral 5 del mismo artículo 4, prevé el contenido de la declaración testimonial, presentada por escrito. Describe los requisitos que debe contener. En el literal a) la identificación del testigo; b) 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; c) 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) declaración sobre la veracidad de la declaración testimonial; e) firma del testigo, lugar y fecha.

En el numeral 9, prevé la posibilidad que tienen las partes de solicitar el testimonio de un testigo que no comparece voluntariamente a fin de que el tribunal adopte las medidas legalmente disponibles.

El artículo 8, numeral 2 establece prerrogativas del tribunal arbitral para limitar o excluir preguntas o testigos por criterios de relevancia, gravedad y utilidad. También establece que las preguntas que se formulen a los testigos no deberían «inducir razonablemente» sus respuestas:

> El Tribunal Arbitral podrá limitar o excluir cualquier pregunta, respuesta o comparecencia de un testigo, si considerase que dicha pregunta, respuesta o comparecencia es irrelevante, insustancial, irrazonablemente gravosa, repetitiva o que de alguna otra manera se da alguno de los supuestos que justifique su objeción contemplados en el artículo 9.2. Las preguntas y repreguntas efectuadas a un testigo durante su interrogatorio no deberán inducir irrazonablemente sus respuestas.

El literal f del numeral 3 del mismo artículo 8 permite que el tribunal arbitral pueda disponer el interrogatorio simultáneo de testigos y su confrontación:

> (f) el tribunal arbitral, de oficio o a instancia de una Parte, podrá variar este orden de procedimiento, incluyendo la organización de interrogatorios sobre asuntos específicos o de modo tal que los testigos sean interrogados en forma simultánea y confrontándose unos con otros (interrogatorio simultáneo o careo de testigos);

El numeral 4 del mismo artículo establece que *el testigo deberá declarar que se compromete a decir la verdad* y si presentó declaración escrita deberá ratificarla: «Si el testigo ha presentado una declaración testimonial o un dictamen pericial, deberá ratificarlo».

Como es posible advertir, las disposiciones reproducidas sobre la práctica de la declaración testimonial no han sido evaluadas en la revisión realizada el año pasado, debido a ello, podemos concluir que urge una exhaustiva revisión por un equipo multidisciplinario, integrado por psicólogos especializados en la memoria humana y sus particularidades, para que formulen propuestas de modificación y se descarten actividades inspiradas en la intuición que no contribuyen en la averiguación de la verdad, tales como la ratificación de la declaración, interrogatorios de

testigos en forma simultánea, inducción «razonable» de respuestas, etc., que demuestran desconocimiento de la potencialidad de la contaminación de los recuerdos y de la declaración como desarrollaremos en los siguientes acápites.

4. INFORME DE LA COMISIÓN DE ARBITRAJE Y ADR DE LA ICC

La International Chamber of Commerce —ICC—, la institución arbitral preferida en el mundo ha publicado el informe de su Comisión de Arbitraje y ADR: «*La exactitud de la memoria de testigos de hechos en el arbitraje internacional: problemas actuales y posibles soluciones» (Informe de la ICC)*, en enero del presente año.

Este importante trabajo ha marcado un hito en el desarrollo del arbitraje internacional, poniendo bajo la lupa la práctica y valoración de la prueba de testigos de hechos, a través de un análisis de enfoque colaborativo de expertos en arbitraje y psicología especializada en la memoria humana.

Antes de la evacuación de este documento, uno de los principales actores del arbitraje internacional, preocupado por el estudio de los problemas de la memoria en relación con la prueba testimonial y su importancia para la adopción de decisiones que resuelvan las controversias, tal como señalan Jamie Maples y Hayley Lund (2014), fue el árbitro Toby Landau QC, quien al pronunciar su discurso en Kaplan en el año 2010, se centró en la memoria y el testimonio de testigos en el arbitraje, instando a abordar los procedimientos probatorios con apoyo de las investigaciones de la psicología, formulando algunas de las preocupaciones descritas en las *Guidelines on Memory and the Law*.[13]

[13] GOICOCHEA, Vickhy. *El (des) conocimiento de los problemas de la memoria en el arbitraje internacional.* Recuperado de <https://idealex.press/desconocimiento-de-los-problemas-de-la-memoria-de-los-testigos-arbitraje/>.

En la reunión de octubre del 2015 de la Comisión de Arbitraje y ADR de la CPI, Toby Landau, QC, pronunció un discurso titulado *Recuerdos no confiables, recuerdos falsos y testimonios de testigos*. En ese discurso, Landau dio a la Comisión una visión de la ciencia de la memoria humana, destacando su naturaleza frágil y maleable y la facilidad con la que los recuerdos pueden corromperse involuntariamente. Luego cuestionó si las prácticas que se adoptan comúnmente para la preparación y presentación de pruebas de testigos de hechos en el arbitraje internacional están potencialmente corrompiendo las mismas pruebas en las que se basan los tribunales arbitrales para la resolución justa de controversias.

Landau invitó a realizar más investigaciones para determinar si, efectivamente, existen estos riesgos; y, en función de ellos, qué medidas prácticas se podrían tomar para mejorar el valor probatorio de la prueba de testigos en el arbitraje internacional.[14]

La Comisión, aceptando la invitación de Landau, creó el Grupo de trabajo para *maximizar el valor probatorio de las pruebas testimoniales para* analizar la ciencia (con aportes de eminentes psicólogos especializados en memoria humana), la práctica arbitral (con aportes de miembros del Grupo de Trabajo especializados en arbitraje internacional de todo el mundo) y considerar si se podrían hacer modificaciones a las prácticas actuales, o se podrían adoptar enfoques alternativos, con el fin de realzar el valor probatorio de la prueba de testigos de hecho en el arbitraje internacional, en particular porque se ve afectada por la memoria.[15]

La doctora Cartwright-Finch, quien conformó el Grupo de Trabajo, compartía las preocupaciones e inquietudes del árbitro Landau (Conferencia de Viena, 2015) y manifestó que el arbitraje de controversias comerciales o relacionadas con tratados de inversión no debería desarrollarse aislado de la investigación psicológica: hallazgos científicos sobre la cognición humana y el comportamiento puede informar cambios

14 *The Accuracy of Fact Witness Memory in International Arbitration*, p. 5.
15 *Ibidem*.

reales en la práctica y el procedimiento para mejorar su eficacia como medio de resolución de disputas. Por tanto, no debería existir desconexión entre la ciencia y el arbitraje internacional.

En el presente año, la doctora Cartwright-Finch también ha destacado que cada aspecto de la resolución de disputas se basa en nuestras acciones y toma de decisiones, pero no venimos con un manual de funcionamiento que explique cómo o por qué nos comportamos como lo hacemos siendo objetivo de la psicología comprender el comportamiento y la cognición humanos, por lo que aprender sobre estos procesos es una forma obvia de mejorar la práctica legal.[16] Resalta que podemos utilizar la comprensión científica del comportamiento humano para mejorar los resultados de este comportamiento en el contexto del arbitraje internacional.

El Grupo de Trabajo planteó que, a partir de las conclusiones de la ciencia sobre la memoria de los testigos, la posibilidad de alterarse o contaminarse, distinguiendo las inexactitudes o distorsiones que resultan de las imperfecciones del proceso de memoria y los esfuerzos deliberados de un testigo para distorsionar o ensombrecer la verdad-, identificar, evaluar y proponer formas de reducir las distorsiones; y, en particular, formas en que los participantes en el proceso arbitral (testigos, abogados internos y externos, árbitros) podrían reducir las distorsiones en el proceso de la memoria.[17]

Afirma que los estudios científicos (Maryanne Garry y Eryn Newman) establecen que «los recuerdos no son una huella objetiva e inflexible del pasado, son un mosaico subjetivo y flexible de experiencias, pensamientos y ensoñaciones». La memoria humana puede verse

16 CARTWRIGHT-FINCH, Ula. *From the chaise longue: Observing the international arbitration through psychology*, p. 2.

17 GOICOCHEA, Vickhy. El (des)conocimiento de los problemas de la memoria de los testigos de hechos en el arbitraje internacional. Recuperado de <https://idealex.press/desconocimiento-de-los-problemas-de-la-memoria-de-los-testigos-arbitraje/>.

afectada por una variedad de factores, lo que redunda en que pueda distorsionarse fácilmente y, por ende, puede ser menos confiable de lo que espera el testigo, el abogado o el tribunal.[18]

El proceso para determinar lo que sucedió en una disputa se basa en una reconstrucción de los hechos posteriores al suceso; por tanto, está destinado a ser imperfecto. Pero que la memoria de los testigos sea imperfecta no significa que su testimonio no sea valioso o, en ocasiones, vital. La aspiración debe ser reducir las imperfecciones en la medida razonablemente posible a fin de que la decisión dictada pueda ser justa, basada en una aproximación razonablemente cercana de lo que sucedió.[19]

Los hallazgos de la investigación del doctor Wade (en el Apéndice 2) revelan que la memoria de los testigos en el arbitraje internacional está sujeta a los mismos efectos distorsionantes que la investigación científica ha demostrado que existen en otros contextos.[20]

En el capítulo 2, el Informe aborda las conclusiones de las investigaciones existentes sobre la memoria y la evidencia de testigos oculares, examinando importantes tópicos: *el impacto de la redacción en las respuestas a las preguntas, el efecto de la desinformación, falsos recuerdos (totales o parciales), el impacto de volver a contar el recuerdo posterior para concluir que la memoria podría ser influenciada por estas variables a fin de determinar cómo podría maximizarse la integridad y precisión de los informes de memoria de testigos*.

La investigación científica sugiere no solo que la memoria humana es muy poco confiable, sino también que la exposición de un testigo a información previa y posterior al evento con respecto a un evento puede agregar, restar valor o cambiar un recuerdo del evento; así como también la implantación de falsos recuerdos en la memoria, totales o parciales,

18 *Ibidem*.
19 *Ibidem*.
20 ICC, p. 7.

que podría incrementarse con la disponibilidad de herramientas digitales a la fecha. Debido a ello, la forma en que actualmente se preparan y presentan las pruebas de los testigos en los procesos arbitrales incluye múltiples oportunidades para que un testigo esté expuesto a información post evento, incluida información potencialmente engañosa. Esta conclusión conllevó al Grupo de Trabajo a formular esta interrogante ¿Eso conlleva el riesgo de que las pruebas de testigos honestos sean menos fiables de lo que asumen actualmente los tribunales arbitrales?

Para responder esta pregunta, Ula Cartwright-Finch y Kimberley Wade prepararon un informe sobre tres áreas específicas de investigación que son particularmente pertinentes para presenciar pruebas en arbitrajes internacionales:[21]

i. La redacción específica de una pregunta puede cambiar la forma en que responde un testigo: cambiar solo una palabra de una pregunta puede modificar materialmente la evidencia que se relata.

   El «efecto de desinformación», en el cual se exploran las maneras en que un testigo puede verse influenciado por la información recibida después de un evento. Aquí se incluyen situaciones en las que se introducen distorsiones en informes de memoria del propio testigo; desinformación que surja en el contexto de discusiones entre cotestigos; y la creación de recuerdos falsos completos.

ii. Volver a contar una historia desde una perspectiva particular puede cambiar la memoria de un testigo.[22]

---

21 The Accuracy of fact witness memories in International Arbitration, p. 11. Recuperado de <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/11/icc-arbitration-adr-commission-report-on-accuracy-fact-witness-memory-international-arbitration-english-version.pdf>.

22 GOICOCHEA, Vickhy. *El desconocimiento de los problemas de la memoria de los testigos de hechos en el arbitraje internacional* (parte 2).

> Sobre la preparación de las pruebas de los testigos en el arbitraje sostiene que generalmente implica que un testigo sea interrogado o entrevistado por un abogado que represente a la parte que desea basarse en esa prueba. Ese abogado puede preparar un primer borrador de la declaración de un testigo basado en las respuestas dadas por el testigo. Por lo tanto, son interesantes los estudios que han analizado el impacto de la redacción de las preguntas en la memoria de un testigo, los que han demostrado que una pregunta puede influir en la respuesta del testigo.[23]

El nivel de interacción aumenta en la etapa de preparación de declaraciones de testigos, preparación de testigos para la audiencia probatoria y finalmente el interrogatorio de testigos, debido a ello, el Grupo de Trabajo señala que, si se aplica la investigación existente a los procedimientos de arbitraje internacional, sin duda existe un alto riesgo de distorsiones de la memoria. Sin embargo —agrega— en ocasiones los testigos no son ofrecidos para testificar sobre el hecho que es objeto de la controversia sino para otros propósitos como relatar antecedentes del caso.[24]

Debido a la posibilidad de contaminación de la memoria del testigo durante la preparación, el Informe recomienda que la redacción de la declaración escrita, para los testigos capaces de hacerlo, se considere pedirles que redacten el primer borrador de la declaración. Dependiendo de cuán específico o general sea el alcance de su evidencia, y su facilidad con el lenguaje o la experiencia, el producto de ese proceso puede necesitar un poco, o mucho, de pulido, pero debe preservar la propia voz del testigo en dar sus pruebas y, como mínimo, asegurarse de que la versión de los hechos tal como se presentan.[25]

---

23 *The Accuracy of fact witness memories in International Arbitration*. *Op. cit.*, p. 12.
24 *Ibidem*, p. 21.
25 *Ibidem,* p. 32.

Además, recomienda redactar declaraciones de testigos de forma independiente, sin que los cotestigos lean los borradores de las declaraciones de los demás. Si bien esta es una práctica común en algunas jurisdicciones, el proceso mediante el cual cada testigo corrobora el testimonio de los demás (aunque a veces con desviaciones menores) corre el riesgo de que el recuerdo del propio testigo se mezcle y se vea afectado por el recuerdo de otros testigos.[26]

El Grupo de Trabajo en cuanto a la preparación de los testigos en las distintas jurisdicciones refiere que en algunas está permitido y se considera deseable que los abogados de las partes preparen testigos para la audiencia sobre cómo responder a los temas previstos para el interrogatorio, y, en otras jurisdicciones, los defensores no pueden consultar con los testigos sobre su testimonio antes de la audiencia y «preparar» a un testigo puede ser una infracción de las reglas de conducta profesional.[27]

Hasta la fecha, en el contexto del arbitraje internacional, existe una guía limitada sobre los pasos que pueden tomar los abogados de las partes para "preparar" a un testigo, y no existen estándares generales aplicables. Las directrices de la IBA sobre la representación de las partes en el arbitraje internacional incluyen disposiciones que cubren las interacciones entre los abogados de las partes y los testigos, que incluyen un permiso para que los abogados de las partes ayuden en la preparación de las declaraciones de los testigos y se reúnan y analicen las pruebas de los testigos para preparar el testimonio potencial de los testigos.[28]

En cuanto a las Reglas de la IBA, el Informe de la Comisión señala que un representante de una parte puede:

---

26 *Ibidem*
27 *Idem*, p. 33.
28 *Idem*, p. 35.

- Ayudar a los testigos en la preparación de sus declaraciones, procurando al mismo tiempo que la declaración de un testigo refleje el propio relato del testigo de los hechos, acontecimientos y circunstancias relevantes; y

- Reunirse o interactuar con testigos con el fin de discutir y preparar su posible testimonio.

Estas prácticas ya se utilizan ampliamente, lo que sin duda fue un factor en la decisión del Comité de Arbitraje de la IBA de proponerlas como «mejores prácticas» aceptadas. Sin embargo, lo que no se ha hecho —al menos en el campo del arbitraje internacional— es evaluar si las mejores prácticas desarrolladas producen prueba testimonial que tiene el valor probatorio que se espera de ella y justifica el esfuerzo y gasto que conlleva su elaboración.[29]

Las conclusiones del grupo de trabajo, en cuanto a la preparación de testigos nos permite advertir que es imprescindible realizar esta labor (en las jurisdicciones que lo permiten) utilizando los conocimientos sobre la memoria y su distorsión independientemente de la evaluación de las mismas inspiradas en la ética, pues, como hemos apreciado, la influencia en la memoria puede ser ocasionada sin intención de modificar sus recuerdos.

Otra posibilidad de contaminar el recuerdo de los testigos se produce cuando los testigos incorporan detalles de los informes de memoria de otros testigos, que en sus propios informes no aparecían, incluso si esa información contradecía lo que habían observado.[30]

Los estudios también han demostrado que la información errónea puede tener el efecto de modificar una memoria fáctica existente,

---

29 *Idem,* p. 5.
30 *Idem.,* p. 32.

además de complementar la memoria con detalles adicionales (inexactos).[31]

Hallazgo sumamente interesante es que la memoria de los testigos en el arbitraje internacional presenta los mismos problemas que la memoria de testigos en otros ámbitos, por lo que, los estudios de la memoria humana son aplicables para el arbitraje y el fuero judicial. El grupo de trabajo desarrolló un experimento de memoria de testigos que trabajaba en una amplia gama de industrias y roles, en el que se confirmó que los errores de memoria también ocurren en un entorno comercial típico de los procedimientos de arbitraje. Los hallazgos ilustran que, al igual que la memoria de los testigos en el contexto delictivo, la memoria de los testigos en los entornos comerciales es susceptible de error cuando está expuesta a información engañosa, sesgada o sugestiva.[32]

El informe propone ciertas medidas para preservar o aumentar la precisión de la memoria de los testigos, las que no deberían entenderse como «reglas» o «mejores prácticas». Se trata de una lista abierta para considerar y seleccionar, según corresponda. Para tal efecto, los tribunales y las partes necesitan evaluar qué medidas se requieren en circunstancias particulares, si vale la pena el esfuerzo y cuán importante es el riesgo de distorsión de la memoria para el resultado a la luz de los hechos del caso.

En ese sentido, propone medidas a considerar para reducir las influencias distorsionantes y su efecto:

i. Realizar la entrevista al testigo de manera individual y en el tiempo más cercano a la realización del hecho para evitar contaminaciones;

ii. Llevar un registro que podría ser un video;

31 *Idem,* p. 14.
32 *Idsem,* p. 19.

iii. Recordar al testigo que es normal haber olvidado detalles y eventos, y, que, si hace suposiciones o no recuerda, deberá precisar;

iv. Reconstruir la trayectoria de las experiencias del testigo desde que ocurrió el evento;

v. Formular preguntas imparciales y abiertas, revisarlas con anticipación para asegurar su «neutralidad», pues, podrían inducir de forma no intencionada;

vi. Utilizar lenguaje neutral durante la entrevista y evitar calificativos, podrían influir en el recuerdo;

vii. Permitir que el testigo narre su historia y luego realizar un interrogatorio más profundo;

viii. Evitar dar retroalimentación;

ix. No dirigir al testigo hacia una versión particular implícita o inconscientemente, sugiriendo respuestas a través de preguntas o de otra manera;[33]

x. Si la respuesta no es clara o está incompleta, vuelva a hacer la pregunta o de otra manera.

xi. Evite mostrar innecesariamente al testigo otras fuentes de información que puedan contaminar su memoria, como otras declaraciones de testigos, presentaciones, etc.

xii. Instruya al testigo al final de la entrevista evitar hablar innecesariamente del testimonio con otros testigos.[34]

---

33 GOICOCHEA, Vickhy. El (des)conocimiento de los problemas de la memoria de los testigos de hechos en el arbitraje internacional (parte 2). *Op. cit.*

34 *The Accuracy of fact witness memories in International Arbitration*. *Op. cit.*, p. 30.

Sobre la evaluación de la información transmitida por testigos, a la luz de las distorsiones de la memoria, la ICC recomienda: (i) tener en cuenta el período de tiempo transcurrido entre la experiencia y su recuerdo; (ii) si el recuerdo puede verse influenciado por el efecto que los hechos podrían tener en la posición del testigo; (iii) si los asuntos en cuestión conlleven consecuencias para el testigo personalmente; (iv) sensibilidad personal que pueda afectar la forma en que se codificó el incidente o la forma en que se recupera el recuerdo; (v) si ha discutido los problemas y/o la evidencia con otros testigos; (vi) si hay evidencia contemporánea que apoya o entra en conflicto con el recuerdo del testigo.

En cuanto al interrogatorio, el informe establece que la capacitación para realizar entrevistas cognitivas es muy importante porque permite obtener información más precisa. La realización de entrevistas cognitivas incluye varios componentes que se centran en el uso de principios básicos en la memoria y la cognición, como establecer una relación con los testigos y hacer que participen más activamente durante el proceso de la entrevista, por ejemplo, restituyendo al testigo mentalmente en la situación en la que se produjeron los sucesos relevantes acontecidos.[35]

Atendiendo a las potenciales afectaciones de la memoria, el grupo de trabajo realiza importantes recomendaciones a considerar para la evaluación de los testimonios:

- Efecto de desinformación: cuando la información (generalmente engañosa) recibida después de un evento interfiere o deteriora la memoria de un testigo de ese evento;

- Conformidad de la memoria: cuando la memoria de un testigo parece cambiar para coincidir y corroborar información potencialmente conflictiva proporcionada posteriormente por otro testigo;

35 *Idem*, p. 34.

- Edad del testigo: las personas mayores pueden ser más susceptibles a la disfunción de la memoria;

- El propio sesgo que afecta a la percepción que se podría tener del recuerdo de la memoria de los testigos: (i) impacto de la percepción de uno como resultado de declaraciones que están bien estructuradas y redactadas versus declaraciones menos «pulidas»; (ii) *la coherencia y la integridad no reflejan necesariamente una mejor memoria*; los relatos incompletos son la norma en la memoria humana y, por lo tanto, no indican una memoria inexacta; *narrativas extremadamente coherentes pueden ser indicativas de preparación y ensayo previos; (iii) la confianza de los testigos no es en sí misma un buen indicador de la precisión de la memoria*.[36] (Resaltado agregado)

Otros factores que deberán ser considerados en la evaluación de la información transmitida por testigos, a la luz de las distorsiones de la memoria, son los siguientes: (i) tener en cuenta el período de tiempo transcurrido entre la experiencia y su recuerdo; (ii) si el recuerdo puede verse influenciado por el efecto que los hechos podrían tener en la posición del testigo; (iii) si los asuntos en cuestión conlleven consecuencias para el testigo personalmente; (iv) sensibilidad personal que pueda afectar la forma en que se codificó el incidente o la forma en que se recupera el recuerdo; (v) si ha discutido los problemas y/o la evidencia con otros testigos; (vi) si hay evidencia contemporánea que apoya o entra en conflicto con el recuerdo del testigo.[37]

Finalmente, el grupo de trabajo considera que una mejor capacitación de abogados y árbitros ayudaría a reducir *la ocurrencia* de distorsiones en la memoria humana y reduciría *el efecto* de las distorsiones restantes sobre el valor de las pruebas de los testigos. Destaca la

---

36 *Ibidem*.

37 GOICOCHEA, Vickhy. El (des)conocimiento de los problemas de la memoria de los testigos de hechos en el arbitraje internacional (parte 2). *Op. cit*.

responsabilidad de los abogados internos, externos y árbitros para adoptar medidas que les permitan comprender el funcionamiento de la memoria humana; y, por lo tanto, comprender mejor las fortalezas y debilidades del proceso de recuento para saber cómo ayudar en ese proceso, a fin de para acercarse en la medida de lo posible a una comprensión precisa de lo que sucedió.[38]

Agrega que la aspiración debe ser reducir las imperfecciones en la medida de lo razonablemente posible para que la decisión dictada pueda ser justa, basada en una aproximación razonablemente cercana de lo que sucedió, y en el proceso mejorar la satisfacción de los usuarios con el proceso arbitral.

5. LA MEMORIA Y SU RELACIÓN CON LA DECLARACIÓN DE TESTIGOS

De acuerdo con lo expresado por Mazonni, la memoria humana es una de las funciones centrales de nuestro cerebro y ha desempeñado un papel clave a lo largo de la evolución, nos ha permitido aprender de la experiencia, sobrevivir y tener una historia y una identidad.[39]

Sin memoria no puede haber ni siquiera testimonio. Al testificar se cuenta lo que se recuerda de un suceso, de una persona, de una situación, por lo que los mecanismos de la memoria, con sus puntos fuertes y sus puntos débiles, son en gran medida los que controlan el testimonio.[40]

José Mira y Margarita Diges señalan que la memoria humana no funciona como un video doméstico que graba (es decir, codifica) y muestra imágenes y sonidos (decodifica) con exactitud y tantas veces como se desee. La memoria humana es activa y codifica y decodifica información en función de su relevancia, del material que ya contiene,

38 *The Accuracy of fact witness memories in International Arbitration*. *Op. cit.*, p. 40.
39 MAZONNI, Giuliana. *La psicología del testimonio*, p. 65.
40 *Ibidem*.

de experiencias pasadas, se vale de estereotipos, es maleable, y, en definitiva, se ve afectada por el paso del tiempo.[41]

La memoria episódica a largo plazo interviene en el testimonio, vinculada a informaciones, sucesos y elementos de los que se conoce su posición en el espacio y en el tiempo.[42] Es crucial conocer las variables internas y externas que intervienen en el proceso de codificación (incidental o intencional), almacenamiento y recuperación de los recuerdos, la forma que favorece su recuperación y aquellas que podrían contaminarlos, los problemas de la memoria y su exactitud para (i) tratar de disminuir los errores que se presentan en la práctica de la declaración testimonial vinculados al proceso referido precedentemente, a partir de la información científica disponible; (ii) sustituir las actuaciones orientadas por la intuición que no abonan en la adecuada obtención de la información proporcionada por los testigos, para obtener información fiable que será valorada de manera individual; y, posteriormente, conjunta la que incidirá en la toma de la decisión final.

Otros puntos relevantes a considerar, en relación a la memoria y el testimonio, es que (i) no existe suceso neutro, pues los acontecimientos que presenciamos van a ser siempre interpretados, por lo que, la interpretación de los acontecimientos adquiere un papel crucial en la modificación del contenido que se incorpora a la memoria; en consecuencia, en el contenido del recuerdo y del relato;[43] y (ii) la recuperación de los recuerdos conlleva un proceso de reconstrucción, no reproductivo[44] y a menudo utiliza inferencias,[45] utiliza informaciones disponibles que pueden ser muy recientes y es influenciado por los conocimientos previos.[46]

41 MIRA y DIGES, 1991: 1.
42 MAZONNI, Giuliana, p. 67.
43 *Idem*, p. 71.
44 *Idem*, p. 72.
45 *Idem*, p. 73.
46 *Idem*, p. 74.

Si conocemos cómo funciona la memoria humana, qué factores intervienen, qué problemas y errores la afectan, su relativa inexactitud,[47] podremos dejar de lado creencias arraigadas que han determinado la forma de practicar la declaración de testigos —con las particularidades que establece cada sistema jurídico—, de modo que la información que se obtenga podría no ser fiable.

Para tal efecto, es importante conocer que en la codificación de la información intervienen variables internas y externas. Dentro de las primeras encontramos a los procesos cognitivos como la percepción, atención, lenguaje, conocimientos, también los prejuicios, estereotipos, sesgos, creencias, cultura, expectativas, necesidades, ansiedad, estrés, etc. Como variables externas es posible citar: aspectos visuales, luz, cambios de luz y colores, día o noche, estación del año, distancia, duración del suceso, en circunstancias de calma u hostilidad, etc.

El almacenamiento de los recuerdos —que se conservan a partir de la interpretación que hayamos realizado—, se nutre de nuevas experiencias, emociones, se va modificando con el transcurso del tiempo y el olvido forma parte de este proceso.

Mazonni afirma que un recuerdo, siempre presente o recientemente recuperado, jamás será una copia exacta de la realidad. Las metas de una persona, las informaciones que recibe al momento de la recuperación, el contexto general en el que sucede y las sugerencias que recibe pueden modificar, e incluso de modo importante lo que se recuerda, pueden desarrollarse recuerdos falsos utilizando procesos sugestivos y la imaginación.[48]

El testimonio que brinda una persona puede presentar dos tipos de problemas: a) la percepción de la persona puede ser distinta de la realidad; y b) la narración que la persona hace de los hechos puede ser

47 *Ibidem*.
48 *Idem*, p. 76.

distinta de su percepción.[49] En ese sentido, la prueba testifical no solo es susceptible de las mentiras, sino también a los errores sinceros.[50]

Miente quien cuenta una versión diferente de lo que recuerda, siendo sincero quien narra una versión igual a la que recuerda. Así, es posible que el testigo haya percibido de forma equivocada lo que sucedió, de modo que, su declaración contendrá información no verdadera, pero no por ello habrá mentira.[51]

Las preguntas sugestivas influyen en la modificación del recuerdo y de la declaración, por ello, es importante analizar cómo se realizan los interrogatorios y contrainterrogatorios, actualmente distanciados de los aportes de la psicología especializada en la memoria humana, de modo que a la declaración no se le atribuya un peso probatorio que no le corresponda, basado en la intuición o, como el maestro Taruffo denominaba psicología amateur.

Influye la forma de la entrevista en la recuperación de los recuerdos. La facilidad con que un individuo introduce, en su propio recuerdo, contenidos que no son verdaderos y que formaban parte de las preguntas que le habían dirigido.

Como afirma Mazzoni es crucial dirigir un interrogatorio de manera adecuada para evitar las intromisiones indebidas. Recibir preguntas con sugerencias engañosas, como, por ejemplo, ¿la señora tenía uno o dos hijos?, cuando la historia no mencionaba la presencia de niños modifica el relato de las personas por estas preguntas de «cesión» que representa la tendencia de una persona a ceder a la presión ejercida durante el interrogatorio.[52] Introducir ciertos elementos en una pregunta produce importantes modificaciones en la respuesta y en el relato del testigo,

---

49 DE PAULA, Vitor, p. 173.
50 *Ibidem.*
51 *Idem*, pp. 85-86.
52 MAZZONI, Giuliana. *Psicología del testimonio.* Madrid: Editorial Trott, 2019, p. 77.

sugerir algunos contenidos en las preguntas hace que tales contenidos sean posteriormente reproducidos en las respuestas y que cierto tiempo después se mencionen espontáneamente como parte de los sucesos que los testigos han presenciado.[53]

Además de la información engañosa que modifica el recuerdo, existen los recuerdos falsos. Es posible inducir a las personas a recordar hechos que no han sucedido nunca.[54]

6. SOBRE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

Es de suma importancia considerar que la inexactitud y la mentira pueden estar relacionadas con el testimonio, y, en ambos casos, el testimonio no será verdadero. Por tanto, conocer esta distinción resulta trascendente al momento de valorar la declaración del testigo.

Las personas que consideran detectan mentiras —dice De Paula— están valorando la existencia de algunos factores –que cuando están presentes-, tales como: la confianza (seguridad que demuestra el testigo), la forma de exposición del testigo, las respuestas asertivas en lugar de respuestas defensivas, hacen que se perciba que el testigo tiene más credibilidad; sin embargo —concluye—, esto no tiene relación con la sinceridad ni con la veracidad del testimonio, en realidad, se están sirviendo de una valoración totalmente subjetiva, sin ninguna base científica, dando lugar a prejuicios que pueden influir en la idea de que alguien está contando hechos con precisión.[55] Hasta la fecha no se han publicado estudios científicos que presenten conclusiones sobre la detección de las mentiras, es decir, no se descubre aún si una persona cuando miente activa ciertas alarmas en su organismo y, además, que su interlocutor pueda captar esas señales al contemplarla.

---

53 *Idem*, p. 78.
54 *Ibidem*.
55 DE PAULA, Vitor. *La prueba testifical*. Madrid: Marcial Pons.2019, p. 116.

Aunque parezca lo contrario, la relación entre seguridad y exactitud es extremadamente baja, el nivel de seguridad no es un buen predictor de la calidad de la declaración. La disociación entre seguridad y exactitud representa un aspecto problemático para los sistemas jurídicos debido a que quien juzga se deja seducir por elementos que, en realidad, tienen mínimo, o no tienen, valor probatorio. Y esta disociación responde a que en la exactitud y seguridad influyen variables distintas y, a veces, variables idénticas pueden influir en la seguridad en una dirección opuesta a la exactitud. Un grupo de variables influyen en la percepción del evento, y, por otro lado, aquellas relacionadas al espacio, estación, hora, lugar conocido o no, concurrido o no, etc.[56]

Antonio Manzanero y José Manuel Muñoz[57] señalan que diferentes teorías e investigaciones muestran cómo la intuición es completamente insuficiente para la valoración de la credibilidad de las declaraciones, arrojando tasas de error cercanas al 50% cuando se trata de distinguir entre relatos reales y falsos, debido a que las creencias comunes difieren significativamente de los conocimientos científicos en materia de psicología del testimonio.

En cuanto a otro de los errores al momento de valorar un testimonio, Manzanero y Diges señalan que los estudios sobre las variables de contenido a través de las que podemos inferir credibilidad se centran, no en el testigo y en las variables relacionadas con la mentira, sino en las variables del *testimonio*, que correlacionan con exactitud de la información proporcionada por las declaraciones. Dejan de interesar la persona y las variables conductuales asociadas a la misma, para pasar a ser fundamental la declaración en sí. Las dudas, alusiones a procesos mentales, exageraciones, cantidad de detalles, pausas, juicios o valoraciones, comentarios personales, longitud de las declaraciones y otras tantas variables de contenido sustituyen a los cambios fisiológicos,

56 MAZZONI, Giuliana. *Psicología del testimonio.* Madrid: Editorial Trotta, 2019, p. 92.

57 MANZANERO, Antonio y José MUÑOZ. *La prueba pericial psicológica sobre la credibilidad del testimonio: Reflexiones psico-legales.* Madrid: Sepin. 2011, p. 3.

gestos, posturas y demás variables conductuales en el punto de mira de las investigaciones empíricas y experimentales sobre la credibilidad,[58] habiéndose producido un importante cambio cualitativo en los estudios sobre credibilidad (centrarse en el testimonio, no en el testigo).

7. CONOCER LOS LÍMITES, FUNCIONAMIENTO Y PROBLEMAS DE LA MEMORIA NOS CONDUCIRÁ A ACTUAR Y VALORAR LA PRUEBA TESTIMONIAL CON SUSTENTO CIENTÍFICO

A fin de centrarnos en la práctica actual de la declaración testimonial, nos referiremos al destacado trabajo de Huáscar Ezcurra, en el que relata cómo se desarrolla un interrogatorio y contrainterrogatorio en el arbitraje. Esto nos permitirá evaluar las referidas prácticas a la luz de la psicología y sus aportes científicos sobre la memoria humana para determinar si la forma actualmente utilizada nos conduce al resultado esperado; y, además, si la decisión final podría verse afectada por los errores que podrían incurrirse en la práctica de la declaración testimonial y en la valoración que realice el tribunal arbitral.

Nos dice Ezcurra que el poder para persuadir al tribunal arbitral es mayor cuando el protagonista de un hecho cuenta su historia en lugar de aquella relatada por el abogado de la parte que ofreció al testigo de hechos:

> Es allí cuando realmente sentimos la historia y nos inclinamos emocionalmente por uno u otro de los involucrados,[59] […] la historia que suele ganar es aquella que logró tocar emocionalmente al tribunal arbitral y tiene además una teoría legal que la respalde. Entender esto es fundamental para los abogados que patrocinamos casos y para la definición de la estrategia más efectiva para persuadir al tribunal de nuestra historia. Agrega «para hacer una diferencia en la competencia y ser exitosos en la

---

58 MANZANERO Antonio y Margarita DIGES. «Evaluación subjetiva de la exactitud de las declaraciones de los testigos: la credibilidad». *Anuario de Psicología*, 1993.

59 EZCURRA, Huáscar. «Persuasión y litigio arbitral. ¿Cómo aprovechar la prueba testimonial para persuadir a la autoridad arbitral de nuestra verdad?». *Thémis*, p. 342.

> defensa (esto es, para ganar) requerirán de mucho más que el argumento legal; requerirán de la fuerza que los hechos del caso presentados de forma persuasiva, le dan a la defensa (si logramos presentar los hechos del caso de forma persuasiva), mostrando el problema humano que está detrás de todo problema legal».[60]

Ezcurra nos presenta una posición enfocada en explotar las emociones para lograr convencer al tribunal arbitral, y, considera que en el caso de la prueba testimonial este objetivo se alcanzaría debido a que es el mismo testigo quien relata sus recuerdos sobre los hechos presenciados. Sin embargo, es pertinente mencionar que, tal como hemos desarrollado en los acápites precedentes, centrarse únicamente en la declaración del testigo sin incorporar los conocimientos científicos sobre la memora humana en la actuación probatoria y la valoración constituye un enfoque parcial que podría conducirnos a conclusiones parciales, erróneas.

Por otro lado, el mismo autor destaca la importancia de ofrecer prueba testimonial, no únicamente prueba documental, haciendo una distinción importante respecto de la apreciación de la referida prueba por los tribunales arbitrales de tradición del *civil law* y *commow law*. Para ello, refiere:

> El paradigma europeo (o de países del *common law*) es que el testimonio constituye evidencia, a menos que se pruebe lo contrario. La palabra vale. Para nosotros, en cambio, la prueba de testigos era solo de relativa importancia […]. «Nuestro paradigma, por supuesto (más propio de países del Civil Law), era uno según el cual la palabra no vale, a menos que se pruebe lo contrario».

Es de advertir que la diferencia sustancial que se atribuye a la prueba testimonial estaría enfocada en la confianza que la narración de un testigo puede generar en un tribunal arbitral, la que dependerá de la tradición jurídica a la que pertenezca. Sin embargo, como hemos

---

60 *Idem*, p. 343.

desarrollado, el estudio de la memoria humana y sus particularidades es transversal a las controversias en las que se discuten hechos, por tanto, realizar un análisis de la apreciación de la prueba testimonial por parte de los tribunales arbitrales, centrado únicamente en la credibilidad que la palabra del testigo genere, nos permite concluir que es urgente e indispensable que se incorpore —en tal análisis— los conocimientos científicos sobre el funcionamiento de la memoria y los recuerdos de modo que el peso probatorio que se le atribuya sea el resultado de la evaluación integral del testimonio y de las variables y factores que intervienen en la codificación, conservación y recuperación de los recuerdos. De no ser así, el resultado no contribuirá en la búsqueda de la verdad.

Si bien es cierto, en los países de *civil law* existe desconfianza en la declaración testimonial, por considerar que el testigo podría, de manera intencional, relatar algo distinto de lo que realmente presenció. Debemos señalar que ese temor no contempla a los errores sinceros, los falsos recuerdos, modificación de recuerdos, sugestionabilidad, etc. que están vinculados a la mente humana y los recuerdos independientemente del sistema jurídico en el que se desarrolle el proceso arbitral. Debido a ello, es necesario e indispensable que tanto la práctica y valoración de la prueba testimonial sea reformulada acorde con los aportes de la psicología antes expuestos.

En relación al valor de la prueba testimonial en los sistemas de *civil law*, Ezcurra dice: «¿Para qué asumir el costo de probar nuestro caso con testigos —para lo cual no nos sentimos preparados— si nuestra cultura, como se explica arriba, sería una que asigna poco valor a la prueba testimonial?».

De acuerdo con lo que estamos presentando, los árbitros independientemente del sistema jurídico en el que se desarrolle el arbitraje deberán incorporar los conocimientos científicos sobre la memoria hu-

mana para reasignar el peso y valor probatorios a la declaración testimonial, y, probablemente, estas modificaciones los conduzcan a tomar decisiones distintas, a evolucionar en sus fallos, a incorporar conocimientos científicos no solo en la valoración de la prueba pericial, sino también en la prueba testimonial y sus particularidades desafortunadamente desconocidas por el entorno arbitral.

7.1. Interrogatorio

Respecto del interrogatorio, nos dice: «que los testimonios, bien conducidos, podían ser sumamente efectivos para mostrar al tribunal lo que realmente pasó (según la versión de cada parte). Descubrí que el uso y dominio de una buena técnica para interrogar es un arma muy poderosa para mostrar la verdad de los hechos a través del testigo que ofreces (*direct examination*)».[61]

Una adecuada técnica de interrogatorio debería considerar los conocimientos de la psicología del testimonio, de manera especial, lo relacionado a la contaminación de los recuerdos y la sugestión. No obstante ello, el riesgo de declaraciones distanciadas de la verdad subsiste como la posibilidad de los errores sinceros en la testimonial. Es decir, independientemente de la técnica empleada en el interrogatorio, podría presentarse errores sinceros (el testigo declara lo que guarda en su memoria, pero no coincide con la realidad), por tanto, las declaraciones no serán verdaderas, aunque el testigo esté convencido de declarar lo que recuerda.

Conocer estos detalles permitirá una valoración alineada con la ciencia y evitar sobredimensionar un interrogatorio con técnicas tradicionales sustentadas en la intuición que ha excluido a la ciencia.

---

61 *Idem*, p. 344.

En cuanto a las entrevistas realizadas de manera inadecuada Mazzoni dice: se distorsiona el relato de un suceso, así como también se distorsiona la memoria, y desgraciadamente con frecuencia más allá de cualquier recuperación posible.[62]

Ezcurra propone que en el interrogatorio se utilicen mapas, fotos, elementos de apoyo para mejorar la declaración. Si bien es cierto esas herramientas podrían ser útiles para ayudar a recuperar los recuerdos también debemos considerar que psicólogos como Mazzoni nos dice que una fotografía, por ejemplo, podría contaminar un recuerdo o generar recuerdos falsos. Al respecto señala: «El recuerdo falso se crea, por ejemplo, mediante un ejercicio de imaginación en el que se imagina un suceso que no ha tenido nunca lugar, a través de falsos comentarios de familiares, mediante presentación de fotos, a través de las palabras de expertos»,[63] conversar con otros testigos, familiares, etc. Citando ejemplos nos dice que participantes de experimentos «recordaron» que habían volado en globo, actividad que nunca había ocurrido.[64]

Debido a ello, es necesario considerar que, si varios testigos intercambian sus relatos, son interrogados de manera simultánea o se realiza una confrontación entre ellos podría contaminarse sus recuerdos o generar recuerdos falsos. Eugenio Garrido y otros quienes citando a Binet dicen: «Si queréis abundantes testimonios, ¡interrogad! Pero si queréis testimonios fieles, ¡desconfiad del interrogatorio!».[65]

Sobre el tipo de preguntas durante el interrogatorio, recomienda que sean abiertas. En similar sentido con el informe de la ICC «comentado en extenso en el acápite 3, establece: la formulación de una pregunta puede afectar la respuesta del testigo y afectar la memoria posterior-

62 MAZZONI, Giuliana, p. 23.
63 *Idem*, p. 78.
64 *Idem*, p. 79.
65 GARRIDO, Eugenio y otros. *Psicología jurídica*. p. 84.

mente. Los autores citan el uso de preguntas abiertas en lugar de preguntas específicas o potencialmente dirigidas como una técnica para reducir los efectos distorsionantes[66] (en referencia a los autores del estudio realizado). Lo que resulta coincidente con los aportes de los psicólogos citados en el presente trabajo».

Los psicólogos como Mazzoni, experta en el estudio de la memoria humana, recomienda el relato libre y, posteriormente, realizar las preguntas abiertas para evitar contaminaciones que puedan distorsionar el recuerdo y la declaración.

7.2. Contrainterrogatorio

Sobre el contrainterrogatorio, Escurra propone dos escenarios: (i) «Hay ocasiones en las que el testigo podría confirmar información o hechos que son favorables a nuestra defensa. Si de «obtener dicha confirmación se trata, nuestro contra-interrogatorio debe ser organizado de tal forma que el testigo se sienta cómodo como para darnos lo que buscamos; (ii) Habrá otras ocasiones, en cambio, en que el objetivo será llevar adelante un contra-interrogatorio destructivo. Es probable, por ejemplo, que su trabajo deba orientarse a desacreditar el testigo de su contraparte. Su evidencia podría generar daño a su caso. Lo mejor, entonces, es mellar su credibilidad y lograr que su evidencia no tenga mérito como prueba».[67]

Como hemos comentado previamente, tanto el recuerdo como la declaración pueden alterarse por la forma de realizar el interrogatorio, por tanto, una actuación hostil por parte del abogado podría influir significativamente en la declaración del testigo, la sugestión afectará sus recuerdos y los resultados no necesariamente serán los más fiables. Es

66 *The Accuracy of Fact Witness Memory in International Arbitration*, p. 16.

67 EZCURRA, Huáscar. «Persuasión y litigio arbitral. ¿Cómo aprovechar la prueba testimonial para persuadir a la autoridad arbitral de nuestra verdad?». *Thémis,* p. 351.

preciso reiterar que los recuerdos se reconstruyen, nunca son una reproducción de la experiencia vivida y, en esa reconstrucción influyen diversas variables internas y externas, entre ellas, la sugestión, la violencia, etc.

Las preguntas inducidas orientan la declaración en un sentido determinado ocasionando la contaminación y distorsión de los recuerdos, de modo que, la declaración no será fiable y su incidencia en la valoración conjunta de la prueba y en la decisión final será negativa por no contribuir con el esclarecimiento de lo ocurrido debido a que estaría orientada por la posición que sustenta la hipótesis de la parte contraria que ofreció al testigo.[68]

Hallazgos muestran que las sugerencias, particularmente aquellas que las personas no se dan cuenta de que están comunicando, pueden transmitir expectativas a los demás y por tanto influir en sus pensamientos y comportamientos.[69]

Por otro lado, sobre las mentiras en las que podría incurrir el testigo dice: «¿por qué el testigo que fue preparado para enfrentarnos daría respuestas que favorecen nuestro caso? La respuesta es muy simple: no tiene otra alternativa pues si responde distinto, ustedes mostrarán que mintió. Ustedes preguntarán cuando tengan el documento, la carta, el memo, el correo electrónico que muestra cuál tiene que ser la respuesta del testigo pues él firmó el documento, él lo escribió, él envió el correo. El testigo tendrá que confirmar el contenido de lo que firmó y, si lo niega, los documentos acabarán con su credibilidad».

Al respecto es oportuno recordar que el testigo podría dar un testimonio no verdadero, el mismo que podría comprender a las mentiras y a los errores sinceros. Es decir, la falta de coincidencia de la

---

68 GOICOCHEA, Vickhy. *Nuevo Código Procesal Civil y declaración de testigos*. Recuperado de <https://idealex.press/declaracion-de-testigos/https://idealex.press/declaracion-de-testigos/>.

69 Robert B. Michael, Maryanne Garry, and Irving Kirsch. *Suggestion, Cognition, and Behavior. Asociation for Psicological Science*. Pp. 162.

declaración con la realidad no necesariamente entraña intencionalidad de alterar la verdad.

La declaración de un testigo podría ser no verdadera lo que difiere de la mentira. Como sostiene de Paula, la prueba testimonial puede presentar dos tipos de problemas: a) la percepción de la persona puede ser distinta de la realidad; y, b) la narración que hace de los hechos puede ser distinta de su percepción. La prueba testimonial no solo es susceptible a las mentiras, sino también a los errores sinceros. Miente quien cuenta una versión diferente de lo que recuerda, es sincero quien relata una versión igual a su recuerdo. Es posible que el testigo haya percibido de forma equivocada lo que sucedió, por tanto, su declaración será no verdadera, pero no habrá mentira.[70]

En similar sentido Manzanero sostiene: «las declaraciones pueden ser incorrectas y, por diversas razones, la mentira consciente es solo una de ellas. Diferentes causas potenciales de declaraciones incorrectas requieren diferentes métodos y procedimientos para evaluar la precisión y la exactitud de la declaración».[71]

En cuanto a las preguntas sugiere que deberán ser cerradas: «ustedes son los protagonistas, y el testigo, simplemente, debe responder afirmativa o negativamente a sus preguntas […]». En ese sentido, «un contra-interrogatorio bien manejado debe tener como desenlace que el tribunal quede favorablemente impactado con la performance del abogado. El abogado es el protagonista esta vez».

Agrega: «Cuando el testigo sometido a contra-interrogatorio se enfrenta a una serie de preguntas cerradas que lo van llevando, indefectiblemente, a confirmar todo lo que el abogado a cargo del interrogatorio

---

70 GOICOCHEA, Vickhy. Nuevo Código Procesal Civil y declaración testimonial. Recuperado de <https://idealex.press/declaracion-de-testigos/>.

71 GÜNTER KÖHNKENA, Antonio, L. MANZANEROB y M. Teresa SCOTTC. «Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones». En *Anuario de Psicología Jurídica*, 2015, p. 16.

pretende que se confirme, el testigo comenzará a sentirse incómodo; sentirá angustia; sentirá nervios quizá y frustración también. Todos estos sentimientos colaboran con que el abogado a cargo logre los objetivos que se trazó».

Tal como hemos destacado, la presión que podría ejercerse o la sutil sugestión pueden contaminar el recuerdo y la declaración del testigo, por tanto, es indispensable reflexionar si utilizando estas herramientas conseguimos la respuesta esperada o la que contribuiría a la búsqueda de la verdad. Evidentemente, el tribunal arbitral deberá encontrarse capacitado en los tópicos que venimos desarrollando para realizar una valoración individual de este medio de prueba, extrayendo la información que ofrece, y, posteriormente, al valorar conjuntamente deberá corroborar las hipótesis planteadas por las partes partiendo de las variables y factores vinculados a la memoria, al recuerdo y a la declaración.

Por otro lado, es relevante destacar lo señalado por Manzanero respecto a la relación existente entre las técnicas utilizadas para realizar entrevistas y su repetición con la exactitud de las declaraciones: «la repetición de entrevistas contiene también un alto poder de distorsión de los recuerdos, con efectos negativos sobre la exactitud y calidad de sus declaraciones».[72]

Escurra nos presenta «una regla de oro: la honestidad». «El punto de partida es ser honestos. Su testigo de hechos debe decir la verdad de los hechos».[73]

Coincidimos, los testigos como los demás medios de prueba deberían contribuir en la averiguación de la verdad; sin embargo, en el caso específico de la declaración testimonial, debido a los problemas y fallas de la memoria, esta aspiración no necesariamente se cumpliría,

---

72 *Idem,* p. 18.

73 EZCURRA, Huáscar. «Persuasión y litigio arbitral. ¿Cómo aprovechar la prueba testimonial para persuadir a la autoridad arbitral de nuestra verdad?». *Thémis*, p. 352.

pues, no obstante que el mismo testigo desee decir la verdad y contribuir al esclarecimiento de la controversia podría incurrir en declaraciones no verdaderas.

Concluye: «El testigo que miente, si se enfrenta a un abogado bien preparado, será descubierto. Presentar la verdad es una parte de su trabajo. Descubrir la mentira, la otra. Si hacen ambas cosas bien, ganarán la competencia».[74]

Tal como hemos *señalado*, la generalización del entorno de virtualidad nos ha permitido comprobar una realidad que precede a la pandemia y que no había sido visibilizada con la claridad que esta nueva «normalidad» ha evidenciado: la virtualidad no impide que un juzgador detecte si un testigo miente porque no está capacitado para detectar mentiras de manera virtual, pero tampoco presencial.

La psicología del testimonio ha demostrado que una persona no está capacitada para detectar que otra miente al contemplarla durante su declaración. Su fiabilidad no está supeditada a la inmediación. La declaración está relacionada con la memoria y su custodia, con factores objetivos de fijación y recuperación del recuerdo, antigüedad de los recuerdos, la edad del testigo, género y la influencia consciente o inconsciente que pudiera haber recibido.[75]

7.3. Sobre la preparación de testigos

La preparación de los testigos es un tema que genera polémica. En ciertos países de derecho civil consideran que el contacto con testigos constituye una violación de sus normas éticas; sin embargo, en países del *common law* es una práctica aceptada.

---

74 *Idem,* p. 353.

75 GOICOCHEA, Vickhy. *La psicología del testimonio y los mitos de la virtualidad*. Recuperado de <https://idealex.press/psicologia-del-testimonio-y-los-mitos-en-la-virtualidad/>.

No obstante lo señalado, es importante destacar que el Informe de la ICC, sobre la preparación de testigos, establece:

> 4.1. […] un alto nivel de interacción entre un testigo y otras fuentes de información puede conducir a distorsiones de la memoria.
>
> 4.2 En los procedimientos de arbitraje modernos, dicha interacción comienza cuando los testigos potenciales reciben por primera vez información sobre lo que finalmente resulta ser un hecho material. Por ejemplo, la memoria puede verse influenciada por discusiones entre los posibles testigos como compañeros de trabajo. Esa interacción continúa cuando el testigo potencial proporciona información a un abogado interno o externo con el fin de redactar presentaciones. El nivel de interacción aumenta incluso cuando se trata de la etapa de preparación de declaraciones de testigos, preparación, en la medida de lo permitido, testigos para la audiencia probatoria y finalmente el interrogatorio de testigos. Si se aplica la investigación existente a los procedimientos de arbitraje internacional, sin duda existe un alto riesgo de distorsiones de la memoria.[76]

Sin embargo, el Informe de la ICC sostiene que los testigos se pueden utilizar para dar información general de antecedentes y para «preparar el escenario» en el que surgió la disputa, y, en esos casos es muy posible que la evidencia de un testigo no se relacione en absoluto con hechos controvertidos. Siendo así, revela no se encontrará comprometida la memoria.[77] Debido a ello recomienda evaluar los casos en los que se ofrece testigos, es decir, para demostrar hechos controvertidos o no.

Los abogados con frecuencia dicen: la preparación del testigo se realiza para informarle cómo se desarrolla la audiencia, pero no cambiamos sus respuestas, no modificamos la verdad. Creer que se hace lo correcto no necesariamente conducirá al resultado esperado, más aún, cuando en ese recorrido intervienen factores que no podemos controlar y, peor, aún, si no conocemos cuáles son. El desconocimiento podría

---

76 *The Accuracy of Fact Witness Memory in International Arbitration*, p. 16.

77 *Idem*, p. 21.

ocasionar una actuación incorrecta sin desearla ni que sea su propósito, pero, precisamente, la ausencia de herramientas provenientes del conocimiento especializado, impedirán adoptar las medidas que nos ayuden a evitar o minimizar errores.

Nos hemos referido a las variables internas y externas que intervienen en la formación de un recuerdo y su recuperación, por lo tanto, simplificar que la preparación de testigos se centraría en un tema vinculado a la ética, una vez más, es una apreciación incompleta que no ha considerado a la psicología y los estudios científicos sobre la contaminación de la memoria, los recuerdos, la declaración, los errores sinceros, la fragilidad y maleabilidad de la memoria humana, etc.

La especialización del arbitraje es una de las fortalezas de su eficacia, y, en esa dirección coincidimos los operadores del arbitraje; sin embargo, nuestra visión sobre la eficacia debería comprender a los conocimientos especializados sobre la memoria humana para coadyuvar a mejorar las reglas del procedimiento arbitral. En ese sentido, deberíamos analizar la práctica actual de la prueba testimonial a fin de verificar si las actuaciones utilizadas actualmente aceptadas, conducen a la ansiada eficiencia o, por el contrario, podríamos implementar nuevas prácticas sustentadas en conocimientos científicos que incidan en una práctica probatoria eficiente que contribuya y aporte en la consolidación del arbitraje como mecanismo de solución de disputas preferido en el mundo.

8. ¿QUÉ PROPONEMOS?

A partir de los conocimientos vinculados a la memoria humana, su funcionamiento, errores y fallas intentamos concientizar a los operadores del arbitraje que urge (i) profundizar en el estudio de la psicología especializada en la memoria humana; (ii) una revisión de las prácticas actuales de la prueba testimonial que nos permita abandonar ciertos paradigmas, creencias y prejuicios basados en la intuición; (ii) la fiabilidad del testimonio está referida a la exactitud de la declaración, la misma que no

corresponderá exactamente al evento percibido; (iii) todo esto permitirá modificar la práctica testimonial y su valoración; (iv) la valoración de la fiabilidad necesariamente deberá comprender el análisis de los variables que podrían distorsionar la declaración y el recuerdo; (v) el interrogatorio y contrainterrogatorio pueden contaminar los recuerdos y modificar la declaración testimonial, para ello, la intervención del tribunal resulta crucial para impedir la formulación de preguntas sugestivas o una actuación hostil; (vi) el tribunal arbitral y las partes deberían implementar mecanismos que permitan conocer el procedimiento de preparación de testigos, el cual pueda ser apreciado para su oportuna valoración; (vii) priorizar la actuación de la declaración testimonial, pues cuanto más tiempo haya transcurrido mayores serán probabilidades de modificar los recuerdos con nuevas informaciones y la intervención de mayor número de personas que intercambian versiones o formulan interrogatorios.

Con esta propuesta intentamos generar la curiosidad de los practicantes del arbitraje para motivarlos a iniciar sus propias investigaciones sobre la psicología del testimonio, determinar las ventajas de su incorporación en la práctica arbitral para mejorar la actuación y valoración de la declaración testimonial, descartando paradigmas arraigados en creencias, prejuicios y pseudociencia.

9. CONCLUSIONES

- La pandemia nos ha dado la oportunidad de revalorar el rol de la ciencia en todo el quehacer humano y el arbitraje no puede ser ajeno. Servirnos de sus resultados para establecer conclusiones fiables que permitan adoptar decisiones objetivas y razonables, alejadas de creencias, prejuicios, mitos y pseudociencia.

- La ICC ha elaborado un estupendo informe que comprende la pertinencia de los conocimientos vinculados a la memoria humana en el arbitraje internacional y establece medidas y pautas

que pueden adoptarse para proteger la memoria y los recuerdos de los testigos.

- El informe de la ICC constituye una contribución valiosa para la comunidad de arbitraje internacional que debería ser considerado como derrotero a seguir para modificar las prácticas actuales guiadas por la intuición.

- Debemos asumir el reto de enfocarnos al estudio de tópicos que el informe no aborda como son la influencia de percepciones culturales, forma de presentación, lenguaje y sesgos cognitivos por parte de árbitros, abogados y testigos, factores que también influyen en la práctica y valoración de las pruebas testimoniales.

EL PODER REGULATORIO DE UN ESTADO. UN ANÁLISIS DEL LENGUAJE DEL ACUERDO TRANSPACÍFICO DE ASOCIACIÓN ECONÓMICA (TPP)

¿PUEDE EL LENGUAJE DEL TPP SEGUIR CONTRIBUYENDO AL SISTEMA INTERNACIONAL DE INVERSIONES?

Yurica Ramos Montes [*] [**]

Sumario: 1. Introducción.— 2. Capítulos de inversiones y excepciones.— 3. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

El Acuerdo Transpacífico de Asociación Económica (el «TPP» o «el tratado») se firmó el 4 de febrero de 2016. Fue el producto final de cinco

[*] Ha trabajado en arbitrajes internacionales bajo las reglas del Ciadi, CCI y ICDR. Ha coordinado el Concurso de Arbitraje Internacional de Inversiones organizado por el Centro de Arbitraje Comercial Internacional de American University Washington College of Law en Washington D.C. Es miembro fundador de Arbitration 360 que promueve el debate de temas de arbitraje nacional e internacional. Colaboró con la Revista Jurídica del Ciadi como editora por algunos años. Correo de contacto: <yuricarm@gmail.com>. La autora agradece a Horacio Grigera Naón y Aristeo López Sánchez por leer este artículo en su versión en inglés y compartir sus comentarios.

[**] El presente articulo ha sido publicado originalmente en inglés en el *Arbitration Brief*, vol. 5, *issue* n.° 1 de American University Washington College of Law. «*Can the Language of the Trans-Pacific Partnership Still Contribute to the International Investment System? An Analysis of TPP's Language Regarding States' Powers to Regulate*», p. 23. Por ello, el presente artículo cita a los autores más relevantes que a la fecha de publicación del TPP publicaron sus puntos de vista.

años de negociaciones entre doce países y es uno de los acuerdos comerciales globales más importantes de los últimos veinte años. [1] El TPP era un acuerdo regional de libre comercio entre doce países: Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Japón, Singapur, Malasia, Vietnam, México, Chile, Perú y Brunei («Estados miembros del TPP»).[2] El TPP hizo historia como el primer tratado mega regional en concluirse.[3] Sin embargo, su ratificación se vio empañada por la incertidumbre después de que el Gobierno de los Estados Unidos firmara una orden ejecutiva para retirarse de las negociaciones del TPP y del tratado, en general.[4] El 2018, sin embargo, los demás países decidieron seguir adelante sin la presencia de los Estados Unidos y para ello firmaron el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP por sus siglas en inglés) —*Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership*—, también conocido como el TPP-11 el cual incorporó mediante referencia el texto del TPP.[5]

---

1 El TPP se ha convertido en el bloque comercial más grande del mundo, concentrando el cuarenta por ciento del producto interno bruto mundial. Los signatarios representan alrededor del 40 por ciento de la economía mundial y una cuarta parte del comercio mundial. *Ver* Gitanjali Bajaj *et al.*, DLA Piper, *The Trans-Pacific Partnership Series: Navigating A New Era of Trade in the Pacific Rim: Part I-Investment Protections & Investor-State Dispute Settlement*, 2 (2016). Recuperado de <https://www.dlapiper.com/~/media/Files/Insights/Publications/2016/04/TPP%20Series_Part_1.pdf>.

2 La membresía para ser parte del TPP o el ahora CPTPP también está abierta a otros países de Asia y el Pacífico, Recientemente, el 2 de junio de 2021, la Comisión del CPTPP inició formalmente las negociaciones de adhesión del Reino Unido al tratado.

3 Ver Peter Draper *et al., European Ctr. For Int'l Political Econ., Mega-Regional Trade Agreements: Implications for the African, Caribbean, and Pacific Countries* 8, (2004). Disponible en <http://ecipe.org/publications/mega-regional-trade-agreements/> (acuñando el término «megarregional»).

4 Orden Ejecutiva emitida en el 23 de enero del 2017. Disponible en <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2017/january/US-Withdraws-From-TPP>.

5 El TPP ha sido incorporado a través de referencia en el CPTPP. El documento puede ser encontrado en el siguiente *link* <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5672/download>.
The provisions of the Trans-Pacific Partnership Agreement, done at Auckland on 4 February 2016 («the TPP») are incorporated, by reference, into and made part of this agreement *mutatis mutandis*, except for article 30.4 (Accession), article 30.5 (Entry into Force), article 30.6 (Withdrawal) and article 30.8.

Es importante sostener que el lenguaje del TPP sienta las bases para las reformas de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) y de los Tratados de Libre Comercio que están pendientes de aprobación, ratificación y renegociación.

Los críticos del TPP, incluidos expertos en derecho y economía, han advertido sobre los peligros del mecanismo de solución de controversias de inversionista-Estado (ISDS por sus siglas en inglés) que está incluido en el TPP.[6] Una crítica importante es que este mecanismo afecta a los derechos soberanos de un Estado[7] y debilita el Estado de derecho.[8] Los críticos niegan que los derechos soberanos de los Estados serán afectados; ya que ellos no tienen libertad para adoptar medidas regulatorias en determinadas circunstancias en virtud del Tratado. Esto se refleja en una tendencia reciente de casos presentados por inversores, que han impugnado las medidas regulatorias aprobadas en tiempos de emergencia, las medidas relacionadas con el uso de los recursos naturales y las medidas de salud pública, todas las cuales incluyen cuestiones delicadas.[9]

---

6 Elizabeth Warren, «la senadora Warren insta al Congreso a rechazar el acuerdo del TPP», Senado de los Estados Unidos (2 de febrero de 2016), disponible en <http://www.warren.senate.gov/files/documents/2016-2-2_Warren_TPP.pdf>.

7 Los opositores al TPP han argumentado que en general el sistema ISDS ataca la soberanía de Estados porque los tribunales arbitrales más bien los tribunales nacionales analizan si las medidas gubernamentales cumplen con las normas internacionales de inversión y, en consecuencia, si dicho gobierno puede ser considerado responsable internacionalmente.

8 TRIBE, Laurence y otros. «220+Law and Economics Professors Urge Congress to Reject the TPP and other Prospective Deals that include Investor-State Dispute Settlement». En ISDS, 2, (2016). Recuperado de <https://www.citizen.org/sites/default/files/isds-law-economics-professors-letter-sept-2016.pdf>. Ver también CORY, Nigel y Stephen EZELL. «Found., How TPP Critics Muddle Facts, Fictions, and Unfounded Fears: A Point-By-Point Analysis». En *Info. Tech. & Innovation*, 15, 2016. Recuperado de <https://itif.org/publications/2016/09/26/how-tpp-critics-muddle-facts-fictions-and-unfounded-fears-point-point> («La acusación más grave contra el ISDS es que socava la soberanía del Estado, ya que puede revocar las decisiones de los tribunales nacionales y obligar a un país a dañar sus leyes, estas alegaciones son falsas. La ISDS no es una amenaza para las responsabilidades centrales de los gobiernos, no se puede utilizar para atacar los sistemas de salud y seguridad social de un país, y las regulaciones en el TPP confirman explícitamente que cada país conserva el poder de regular para objetos legítimos de interés público, incluyendo con respecto a salud, seguridad, sector financiero y medio ambiente»).

9 Philip Morris Brands Sàrl. vs. Oriental Republic of Uruguay. ICSID Case n.° ARB/10/7, Award (Jul. 8, 2016).

Los defensores postulan que la experiencia pasada demuestra que el ISDS no es una amenaza para el poder regulatorio de un gobierno nacional, como afirman muchos críticos. De los cientos de casos de ISDS resueltos en todo el mundo, pocos involucraron casos respecto a acciones legislativas de un gobierno, y los casos que desafiaron tales acciones soberanas, rara vez tuvieron éxito.[10] La mayoría de las medidas impugnadas por los inversores están relacionadas a infracciones del derecho administrativo, en lugar del poder general de regular de los Estados.

Un aspecto central de la discusión por parte de los críticos del TPP es el lenguaje del tratado que defiende el poder regulador soberano de los Estados. El TPP incorpora un lenguaje que establece que las acciones regulatorias de un Estado no deben considerarse una expropiación indirecta, siempre y cuando estén diseñadas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de bienestar público. Con este lenguaje, los críticos sienten como si el TPP fuera demasiado lejos en la protección de los poderes regulatorios de los Estados.[11] Estas disposiciones polémicas del TPP serán analizadas en las siguientes secciones.

2. CAPÍTULOS DE INVERSIONES Y EXCEPCIONES

Los capítulos de Inversión (capítulo 9) y de Excepción (capítulo 29) del TPP contienen un lenguaje que trata sobre el poder regulatorio de un Estado. Por un lado, el Capítulo de Inversiones del TPP ofrece a los inversores una guía, que es considerado como el *standard suite* de protección de las inversiones.[12] Estas disposiciones incorporan un lenguaje como «en circunstancias excepcionales» y «de otra manera consistente

10 Cory, *supra* nota 11, 16.

11 Las medidas regulatorias relativas a la salud pública, la seguridad y el medio ambiente pueden considerarse como un objetivo público legítimo que un Estado puede adoptar para proteger a sus ciudadanos.

12 Ver John W. Boscariol & Robert A. Glasgow, Trans-Pacific Partnership-Investment Protection and Investor-State Claims, McCarthy Tetrault (Nov. 26, 2015), disponible en <https://www.mccarthy.ca/en/insights/blogs/terms-trade/trans-pacific-partnership-investment-protection-and-investor-state-claims>.

con este capítulo»[13] para enfatizar que las medidas regulatorias adoptadas bajo el poder regulador de un Estado para regular no deben considerarse una expropiación indirecta,[14] a menos que incumplan otros estándares del tratado y que ello justifique su consideración como expropiación indirecta. También hay varias disposiciones claves relativas a la protección de las inversiones en el TPP que los Estados receptores deben garantizar para cumplir con el objeto y fin del tratado. Estas protecciones de inversión incluyen, pero no se limitan a: trato nacional, trato de nación más favorable, estándar mínimo de trato y estándares de expropiación e indemnización.

Por otro lado, el Capítulo de Excepción del TPP establece que los reclamos en contra de una medida de control del tabaco de una Parte no serán sometidos a arbitraje de conformidad con la Sección B del Capítulo 9 del TPP (Inversión).[15] El lenguaje de ambos capítulos, el de Inversión y de Excepción, ha sido fuertemente criticado y se ha dejado abierto a interpretaciones.

Este artículo destacará estas críticas e interpretaciones de ambos capítulos (9 y 29) en tres puntos. En cada punto se desarrollará el análisis del lenguaje o expresiones usados en el TPP; punto uno: «circunstancias excepcionales», punto dos: «compatible con el presente capítulo», punto tres: «El TPP no excluye medidas sobre medio ambiente y salud de reclamaciones internacionales». El objetivo es resaltar los aspectos positivos del lenguaje del TPP que trata sobre el poder regulador del Estado y propone que este lenguaje sea utilizado en futuras negociaciones de Tratados Bilaterales de Inversión y Tratados de Libre Comercio.

---

13 Artículo 9.16; Anexo 9-B (Feb. 4, 2016) https://ustr.gov/sites/default/files/TPP-Final-Text-Investment.pdf.

14 Estas medidas pueden adoptarse en el contexto de la salud pública, la seguridad, el medio ambiente y otros objetivos regulatorios.

15 Artículo 29.5: Medidas de Control del Tabaco del TPP, Capítulo 29 relativo a «Excepciones y Disposiciones Generales», disponible en <https://ustr.gov/sites/default/files/TPP-Final-Text-Exceptions-and-General-Provisions.pdf>.

> **Punto uno.** Respecto a la expresión «circunstancias excepcionales»
>
> El artículo 9.8: Expropiación e Indemnización en el TPP establece que:
>
> 1. Ninguna Parte expropiará ni nacionalizará una inversión cubierta, sea directa o indirectamente mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (expropiación) salvo:
>
> a. por causa de propósito público;
>
> b. de manera no discriminatoria;
>
> c. mediante el pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva de conformidad con los párrafos 2, 3 y 4; y
>
> d. de conformidad con el principio del debido proceso legal.[16]

Esta disposición es similar a las estipulaciones de otros acuerdos internacionales de inversión («AII»). Esta disposición estipula que la inversión es protegida tanto de la expropiación directa, de la transferencia de título o la incautación de la propiedad, [17] así como de la expropiación indirecta.[18] La expropiación indirecta se ha convertido en un aspecto determinante del poder regulatorio de un Estado.[19] En este sentido, los inversores deben ser conscientes que el lenguaje del TPP provee ciertas

---

16 Artículo 9.8: Expropiación e Indemnización del TPP, Capítulo 9 relativo a «Inversión», disponible en <https://ustr.gov/sites/default/files/TPP-Final-Text-Investment.pdf>.

17 Mariana Pendas y Eduardo Mathison, *TPP and Investor-State Dispute Settlement: An Intertwined Spectrum of Options for Investors?, 11 Global Trade & Customs J. 157, 158 (2016).*

18 Es una acción o serie de acciones de un Estado miembro del TPP realiza o que dicha acción equivale a una expropiación directa sin transferencia formal de título o una incautación directa. Ver Gitanjali Bajaj *et al.*, *supra* nota 4. 2 («Los signatarios representan alrededor del 40% de la economía mundial y una cuarta parte del comercio mundial. La membresía al TPP también está abierta a otros países de Asia y el Pacífico, Corea como Indonesia han expresado un fuerte interés en convertirse en signatarios». Traducción nuestra).

19 Christian Tietje, Freya Raetens & Ecorys, Minister for Foreign Trade & Dev. Cooperation, *The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership 49 (2014*). Recuperado de <https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/rapporten/2014/06/24/the-impact-of-investor-state-dispute-settlement-isds-in-the- ttip/the-impact-of-investor-state-dispute-settlement-isds-in-the-ttip.pdf>.

limitaciones respecto al alcance de la protección de inversiones y fue diseñado para preservar la libertad de los Estados miembros del TPP de regular en áreas de bienestar público, del medio ambiente y la salud.[20]

Esta intención de proteger el poder regulatorio de un Estado también se incorporó en el Anexo 9-B 3 (b) del capítulo sobre inversiones como fuente adicional de interpretación del artículo 9.8 que regula la expropiación y la indemnización. En este anexo se establece que:

> (b) *Salvo en circunstancias excepcionales*, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente.[21] (Sin cursivas en el original).

De una lectura rápida de esta disposición, parece que el derecho soberano del Estado a adoptar medidas regulatorias para proteger los objetivos legítimos de bienestar público no debe considerarse como una expropiación indirecta. Sin embargo, el lenguaje «salvo en circunstancias excepcionales» abre la puerta a interpretaciones. Los críticos se han centrado en las palabras «circunstancias excepcionales» porque el Capítulo de Inversiones del TPP no aclara el significado de esta expresión.[22] Con esta falta de una debida orientación, un futuro tribunal arbitral internacional podría interpretar una ley, promulgada al amparo del poder regulatorio de un Estado, como una expropiación indirecta,

---

20 Pendas & Mathison, *supra* nota 20, 158-159. («Desde el 2004, las disposiciones de los AII han abordado el temor de los Estados de proporcionarles la capacidad de regular las cuestiones de salud, bienestar y medio ambiente, y al mismo tiempo, el temor de no ser obstaculizados o castigados con menos inversión». Traducción nuestra).

21 TPP, *supra* nota 19, pie de página 37 del Anexo 9-B «Para mayor certeza, y sin el objetivo de limitar el alcance de este subpárrafo, las acciones regulatorias para proteger la salud pública incluyen, entre otras, las medidas con respecto a la regulación, precio y oferta, así como con el reembolso, de productos farmacéuticos (incluyendo productos biológicos), diagnósticos, vacunas, aparatos médicos, terapias y tecnologías genéticas, apoyos y aparatos relacionadas con la salud y productos sanguíneos o relacionados con la sangre».

22 Tsai-yu Lin, *Preventing Tobacco Companies' Interference with Tobacco Control Through Investor-State Dispute Settlement under the TPP*, 8 Asian J. WTO & Int'l Health L. & Pol'y 565, 576 (2013). Recuperado de <http://ssrn.com/abstract=2349206>.

incluso, cuando tal medida, en otro contexto, podría adoptarse y aplicarse para proteger objetivos legítimos de bienestar público.

Se ha teorizado que el lenguaje utilizado en el Anexo 9-B 3(b), en lugar de ser una salvaguardia, puede actuar como una laguna legal para permitir que las empresas extranjeras o inversores impugnen las nuevas leyes estatales, si dicha ley disminuye el valor de las operaciones del inversor.[23] Por lo tanto, mientras que el Representante de Comercio de los Estados Unidos (USTR sus siglas en ingles) o algún alto mando de un Estado Parte podría promocionar esta disposición como una salvaguardia, un tribunal del Ciadi tiene el poder de decidir que ciertas leyes ambientales u otras leyes de interés público caen en esta laguna legal de «circunstancias excepcionales»;[24] y, por tanto, considerarlas como una expropiación indirecta.

Incluso, cuando no hay detalles sobre cuándo surgen estas «circunstancias excepcionales» para determinar si existe una indemnización de una expropiación que, de otro modo, no sería indemnizable. Esta ausencia, en un tratado aplicable, de una clara definición cuando una ley o norma calce en esta categoría de «circunstancias excepcionales», y ser considerada una expropiación indirecta no excluye que en sus defensas los Estados sostengan que una expropiación sea sin compensación[25] o que los inversores sostengan que una expropiación si es compensable.[26]

---

23 Ilana Solomon & Ben Beachy, Sierra Club. *A dirty deal: How the Trans-Pacific Partnership threatens our climate* 7 (2015). Recuperado de <https://content.sierraclub.org/creative-archive/sites/content.sierraclub.org.creativearchive/files/pdfs/1197%20Dirty%20Deals%20Report%20Web_03_low.pdf>. («Algunos argumentan que la inclusión del TPP de este lenguaje de protección del derecho de un inversor extranjero podría permitir que una corporación extranjera, como BHP Billiton, por ejemplo, desafíe una nueva regulación ambiental, como un requisito adicional de permiso, prohibida como una "expropiación indirecta" por el TPP si disminuye el valor de sus operaciones de fracking». Traducción nuestra).

24 Laurence Tribe *et al*., *supra* note 11, 2.

25 Jean Ho, *Investment Protection under Succession Treaties* 32 Icsid Rev. Foreign Investment L.J. 59, 74 (2017).

26 Les Laboratoires Servier, S.A.S. vs. Republic of Poland, Case n.° II SA.Wa 838/13, Award (Redacted), párrs. 582-584 (Feb. 14, 2012). («Por lo tanto, recae entonces en los reclamantes

En otras palabras, si un tratado no establece en qué circunstancias excepcionales puede ser compensable la acción de un Estado, las partes seguirán el principio general internacional sobre procedimientos «quien alega debe probar». Para ello, la parte quien alega una reclamación debe obtener y presentar las pruebas necesarias para probar su afirmación.[27] Las partes también podrían tener en cuenta que cualquier interpretación a la que lleguen debe estar de acuerdo con el objeto y fin del tratado.[28]

Independientemente del lado que puedas estar, del Estado o inversor, debemos tener en cuenta que los Estados miembros han negociado estándares legales obligatorias con el fin de proteger el poder regulatorio del Estado. Hay una frase bien conocida que dice que «toda regla tiene una excepción», y quizá la regla en este contexto sea que toda ley adoptada para proteger un objetivo público bajo el poder regulatorio del Estado no debería ser considerado una expropiación indirecta, y la excepción a esta regla sería, salvo que existan ciertas circunstancias excepcionales en las que dicho poder regulatorio encaje en dicha excepción y sea considerado una expropiación indirecta.

Dependerá de los tribunales arbitrales y de la capacidad de los abogados de una parte, demostrar que el poder regulatorio de un Estado está comprendido o no en dicha excepción. En este sentido, las partes desempeñarán un rol crucial en la superación, y darle sentido al estándar de nivel alto de carga de la prueba.

---

la carga de demostrar que las medidas regulatorias de Polonia eran incompatibles con un ejercicio legítimo del poder de policía de Polonia. Si los reclamantes presentan pruebas suficientes para tal demostración, la carga recae en Polonia para refutarla». Traducción nuestra).

27 Azurix Corp. vs. la República Argentina, Ciadi, Case n.° ARB/01/12, Decisión sobre el Recurso de Anulación de la República Argentina, párr. 215 (1 de septiembre de 2009). «[E]l Comité considera que el principio general en los procedimientos del Ciadi, y en la adjudicación internacional, en general, es que "quien alega debe probar", y que, con el fin de hacerlo, la parte que afirma debe obtener y presentar las pruebas necesarias para probar lo que alega». Traducción nuestra).

28 Ver *Investment*, Office of the U.S. Trade Representative, disponible en <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/trans-pacific-partnership/tpp-capítulo-capítulo-negociación-3>.

> **Punto dos.** En cuanto a la expresión «que sea compatible con este capítulo»
>
> El artículo 9.16 «Inversión y objetivos de medio ambientales, de salud y otros objetivos regulatorios» están incluido en el Capítulo de Inversiones del TPP. Este artículo establece:
>
> Nada de lo dispuesto en este Capítulo se interpretará en el sentido de impedir a una Parte *adoptar*, *mantener* o *hacer cumplir* cualquier *medida, que sea compatible con este Capítulo*, que considere apropiada para asegurar que la actividad de inversión en su territorio se realice de una manera sensible al medio ambiente, salud u otros objetivos regulatorios. (Sin cursivas en el original).[29]

El lenguaje «que sea compatible con este Capítulo» no especifica detalles o situaciones para entender claramente con qué debería ser compatible el poder regulatorio de un Estado. En esencia, la disposición establece que un Estado puede regular como quiera, *siempre y cuando no viole otras obligaciones* o estándares establecidos en el Capítulo de Inversiones. Al respecto, algunos autores señalan que, si bien el lenguaje del TPP podría «recalcar» que un Estado está protegido cuando ejerce su poder de regular en favor del interés público. En realidad, el tratado no proporciona esa protección real.[30] Lo que hace esta disposición, probablemente, es proveer solo una ligera glosa interpretativa a favor de la protección de las medidas de interés público,[31] indicando a los inversores

---

29 TPP, Artículo 9.16: «Inversión y objetivos medioambientales, de salud y otros objetivos regulatorios», disponible en <https://ustr.gov/sites/default/files/TPP-Final-Text-Investment.pdf>.

30 Ver Lise Johnson y Lisa Sachs, The TPP's Investment Chapter: Entrenching, rather than Reforming, a Flawed System, Columbia Ctr. on Sustainable Inv. 2 (Nov. 2015), disponible en <http://ccsi.columbia.edu/files/2015/11/TPP-entrenching-flaws-21-Nov-FINAL.pdf> («[E]l artículo [9.16] del TPP no proporciona esa protección real. Más bien, simplemente señala que el gobierno puede regular en el interés público siempre que, al hacerlo, el gobierno cumpla con respetar los requisitos del capítulo de inversiones respecto a los inversores e inversiones extranjeras». Traducción nuestra).

31 Trading Views: Real Debates on Key Issues in TPP, Hearing on Trans-Pacific Partnership before the Subcomm. on Trade, 114th Cong. (Dec. 2, 2015) (Statements of Ways and Means Democrats).

que tales medidas adoptadas por el Estado todavía pueden ser denunciadas. Por ejemplo, las medidas de buena fe, adoptadas en favor del interés público, todavía pueden ser impugnadas con éxito bajo el tratado alegando violaciones a otros estándares que protegen a los inversores establecidos en el TPP; y, por lo tanto, negar cualquier protección que se le pretendía dar al Estado en virtud de su poder regulatorio.[32]

Existen informes que señalan que los Estados miembros del TPP tienen la libertad de adoptar las medidas apropiadas para garantizar que las actividades de inversión en sus territorios, se lleven a cabo respetando el medio ambiente, la salud u otros objetivos regulatorios, siempre que tales medidas no sean incompatibles con el Capítulo de Inversiones.[33] En otras palabras, los Estados miembros son libres de aprobar leyes o normas suponiendo que estas medidas no constituyan, de otro modo, un incumplimiento de otros estándares de protección de los inversores establecidos en el capítulo sobre Inversiones en el TPP.

A pesar de que el artículo 9, párrafo 16, pareciera establecer una valla alta para los Estados al momento de ejercer su poder regulatorio, ya que debe ser compatible con otros estándares del Capítulo de Inversiones. También este artículo pareciera darle más potestades a los Estados para proteger dicho poder regulatorio. En este sentido, el artículo señala que los Estados miembros no solo tienen legitimidad para *adoptar* medidas regulatorias, reconocidas también en el artículo 9.8, sino tam-

---

32 Johnson y Sachs, *supra* nota 33, 2.

33 El informe de la firma Freshfields Bruckhaus también señala que «el Capítulo 9 del TPP (el Capítulo de Inversiones): (i) garantiza importantes protecciones a las inversiones realizadas por esos nacionales o empresas; y (ii) contiene disposiciones de solución de controversias entre inversores y Estados (ISDS, por sus siglas en inglés) que dan derecho a los inversores a someter las disputas con los Estados miembros del TPP a arbitraje internacional vinculante. Mucho de lo mismo que hay en otros acuerdos de libre comercio y protección de las inversiones, pero hay diferencias importantes que requieren una atención cuidadosa». Traducción nuestra). Ver *Investment Protection and Investor-State Dispute Settlement under the Trans-Pacific Partnership Agreement Freshfields Bruckhaus Deringer* (Nov. 17, 2015).

bién para *mantener* o *aplicar* esas medidas, a fin de garantizar que las actividades de inversión en su territorio se lleven a cabo respetando el medio ambiente, la salud y otros objetivos regulatorios.[34]

No obstante, a esta protección del poder regulatorio del Estado, un Estado que va a ejercer dicho poder, no debe actuar arbitrariamente o en violación de otras obligaciones establecidas en el Capítulo de Inversión, como lo exige el lenguaje «sea compatible con este capítulo». Por lo tanto, en el contexto del TPP y la ISDS, el poder regulatorio de un Estado debe proteger los objetivos legítimos y garantizar también los derechos de los inversores. Siguiendo la base del principio de equidad, no puede justificarse solo la concesión de derechos a una parte (un Estado) y no a otra (un inversor). Por tanto, si se otorga o reconoce el poder de un Estado de regular en favor de objetivos legítimos también se debe reconocer que los inversores tienen derechos que deben respetarse al amparo de otros estándares consagrados en el Capítulo de Inversión.

Finalmente, la disposición del artículo 9.16 («sea compatible con este capítulo») deja abierta la puerta de interpretaciones para los abogados, permitiéndoles usar sus mejores argumentos durante los procedimientos de una controversia de arbitraje internacional. Por un lado, los defensores estatales deberán demostrar que el Estado respetó sus obligaciones al ejercer su legítimo poder regulador por otro lado, los defensores de un inversionista deberán sostener que dicho poder regulador no se ajustaba a las obligaciones explícitas del tratado.

> Punto tres. El TPP no excluye los asuntos de medio ambiente o de salud de reclamaciones internacionales (*carve outs*)
>
> El artículo 29 párrafo 5 «Medidas de control del tabaco», establece lo siguiente:

[34] Artículo 9.16 del TPP Capítulo 9 sobre «Inversión»: Inversión y medio ambiente, salud y otros objetivos regulatorios, disponible en <https://ustr.gov/sites/default/files/TPP-Final-Text-Investment.pdf>.

> Una Parte podrá optar por *denegar los beneficios de la Sección B del Capítulo 9 (Inversión) con respecto a las reclamaciones que impugnen una medida* de control del tabaco[35] de la Parte. Tal reclamo no se someterá a arbitraje en virtud de la Sección B del Capítulo 9 (Inversión) si una Parte ha hecho tal elección […]. (Sin cursivas en el original).[36]

Este artículo del TPP incorpora una cláusula de denegación de beneficios para reclamos que desafía las Medidas de Control del Tabaco.[37] Si bien el tratado también ha establecido mecanismos de filtro para evitar reclamaciones internacionales[38] en otras áreas de interés público, como las medidas fiscales[39] y los reglamentos de servicios

---

35 Artículo 29.5 del TPP. Pie de página 13. «Una medida de control de tabaco significa una medida de una Parte relacionada con la producción o el consumo de productos manufacturados de tabaco (incluyendo productos de hecho o derivadas del tabaco), su distribución, etiquetado, empaquetado, publicidad, comercialización, promoción, venta, compra o uso, así como las medidas de ejecución, como inspección, mantenimiento de registros y requerimientos de información. Para mayor certeza, una medida con respecto a la hoja de tabaco que no está en la posesión de un fabricante de productos de tabaco o que no es parte de un producto de tabaco no es una medida de control de tabaco».

36 Artículo 29.5: Medidas de Control del Tabaco del TPP relativo a «Excepciones y Disposiciones Generales», disponible en <https://ustr.gov/sites/default/files/TPP-Final-Text-Exceptions-and-General-Provisions.pdf>.

37 Artículo 29.5: Medidas de Control del Tabaco del TPP relativo a «Excepciones y Disposiciones Generales», disponible en <https://ustr.gov/sites/default/files/TPP-Final-Text-Exceptions-and-Disposiciones generales.pdf>. Parece que esta salida deriva de la pretensión de inversión en la que la multinacional tabacalera presentó contra Australia para impugnar el tabaco Plain Packaging Bill (2011). Ver también Taejoon Ahn, *The Utility Of Carve-out Clauses in Addressing Regulatory Concerns In Investment*, Treaty Arbitration 12 Asian Int'l Arb. J. 65, 72, 76 (2016) («[P]ara evitar preocupaciones regulatorias en determinadas áreas donde se puede regular, es necesario excluir de antemano del alcance de las obligaciones internacionales en base al ejercicio soberano de un Estado. Esto se debe a que, al igual que el consentimiento a las jurisdicciones internacionales de inversión depende de la elección soberana de cada Estado, el alcance del consentimiento, a saber, la elección de ciertas áreas que deban ser incluidas en el acuerdo y la exclusión de otras áreas del acuerdo, depende del Estado soberano» y «Se espera que la nueva versión de los tratados de inversión adopte la cláusula de exclusión como un instrumento eficaz para aliviar las preocupaciones regulatorias en términos de seguridad jurídica, previsibilidad y aceptabilidad política». Traducción nuestra).

38 Johnson y Sachs, *supra* nota 33, 3.

39 Asociación Transpacífica, art. 29.4.9, disponible en <https://ustr.gov/sites/default/files/TPP-Final-Text-Exceptions-and-General-Provisions.pdf> («Nada de lo dispuesto en el presente Acuerdo impedirá que Singapur adopte medidas fiscales que no menos restrictivas del comercio de lo necesario para abordar los objetivos de política pública de Singapur derivados de sus limitaciones específicas de espacio»).

financieros, esto no significa que dichos reglamentos no estén sujetos a condiciones, como la medida de «circunstancias excepcionales», incluida en el artículo 29.3 del tratado.[40]

Algunos autores han criticado la falta de tales mecanismos de filtro para evitar las reclamaciones internacionales relacionadas con la protección del medio ambiente o los problemas de salud pública en el TPP.[41] Algunos autores se han cuestionado por qué estas cláusulas del artículo 29, párrafo 5 es tan limitada, ya que solo se aplica a las medidas de control del tabaco, cuando los gobiernos lidian con una gama mucho más amplia sobre asuntos de salud y medio ambiente que merecerían ser excluidas de los procedimientos de arbitraje internacional, tanto como las medidas de control de tabaco.[42]

Otros autores han utilizado esa cláusula para demostrar que los Estados miembros del TPP protegieron intencionalmente su poder regulador cuando se trata de objetivos de bienestar público.[43] La voluntad de los Estados miembros del TPP es clara cuando se trata de asuntos de objetivos de bienestar público, como la regulación de los

---

40 Mélida Hodgson, The Trans-Pacific Partnership Investment Chapter Set a New Worldwide Standard Columbia FDI Perspectives 1 (Nov. 9 2015). Recuperado de <https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/D86Q25WM/download> («Luego hay una disposición en el capítulo de Excepciones Generales que permite salvaguardias financieras temporales en "circunstancias excepcionales". Claramente, la sombra de la jurisprudencia argentina en materia de inversiones se cierne sobre nosotros mismos: varios países de Asia y el Pacífico tuvieron que lidiar con una crisis financiera que marcaba las cicatrices casi al mismo tiempo»). *Ver también* Nahila Cortes, *Indirect Expropriation under the TPP: A New Frontier for the Right of States to Regulate?*, Kluwer Arbitration Blog (Dec. 20 2015), disponible en <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/12/20/indirect-expropriation-under-the-tpp-a-new-frontier-for-the-right-of-states-to-regulate/>. («El artículo 29.3 reconoce que el Estado puede adoptar o mantener salvaguardias financieras temporales restrictivas en circunstancias excepcionales si son compatibles con el TPP». Traducción nuestra).

41 Johnson y Sachs, *supra* nota 33, 3.

42 Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Blog del Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible, 6 de noviembre de 2015), disponible en <https://www.iisd.org/blog/how-investment-chapter-trans-pacific-partnership-falls-short>.

43 Gitanjali Bajaj *et al*, *supra* nota 4.

empaques de tabaco, que es un área en la que Estados deberían tener un margen mayor de maniobra y protección para regular.[44]

El hecho de que las medidas de control de tabaco sean continuamente usadas como ejemplos del poder regulador de los Estados para proteger la salud pública y que estén excluidos de las reclamaciones internacionales, podría ayudar a este contexto para ser usados en futuros casos ambientales como casos análogos. En este sentido, un Estado podría establecer que podría adoptar medidas ambientales similares a las medidas de control del tabaco para proteger la salud de sus ciudadanos, y deberían excluirse de las reivindicaciones internacionales y considerarse parte de un poder regulador soberano de un Estado.

En general, en ambos, el poder regulador sobre el tabaco y el medio ambiente protegen objetivos de bienestar público. La pregunta de por qué las medidas respecto al medio ambiente, la salud y otras medidas no fueron incorporadas en el capítulo de excepción del TPP (*carve outs*), tal vez no sean resueltas en un futuro próximo. Sin embargo, la incorporación de la excepción de las medidas de control del tabaco es un paso positivo en el desarrollo del régimen internacional de inversiones.

Finalmente, el debate continuo sobre estas medidas ambientales y de salud ayudará a establecer nuevos estándares que podrían ser incluidas como excepciones en futuros TBI y otros acuerdos de libre comercio.

3. CONCLUSIÓN

No se puede negar el trabajo que los Estados Miembros del TPP realizaron para incorporar estándares de protección y que han sido objeto

---

44 Luis Miguel Velarde Saffer & Amir Ardelan Farhadi, *ISDS in the TPP: Is the Recent Uproar in the US Merited?-Part II, Kluwer Arb. Blog* (Nov. 7 2016). Recuperado de <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/11/07/isds-in-the-tpp-is-the-recent-uproar-in-the-us-merited-part-ii/>.

de críticas en los últimos años, en particular, la incorporación expresa del poder regulatorio del Estado respecto a objetivos legítimos de bienestar público. Al respecto, debemos sostener, primero, que, a pesar de que el tratado pareciera dejar una puerta abierta para que dicho poder regulatorio sea considerado como una expropiación indirecta cuando existan «circunstancias excepcionales», esto dependerá del tribunal y las partes, superar las vallas de la carga de la prueba que se requiere para establecer que una medida adoptada bajo el poder regulatorio de un Estado es o no considerada una expropiación indirecta.

Segundo, el capítulo 9 (Inversión) del TPP al señalar que dicho poder regulatorio de un Estado debe ser compatible con el capítulo de la inversión, brinda una seguridad para el inversor que, aun cuando el Estado, ejerciendo su poder regulatorio, adopte medidas con un objetivo de interés público, estas deben respetar otros estándares de protección establecidos en el Capítulo de Inversión.

Tercero, el hecho de que las medidas de control de tabaco hayan sido excluidas de reclamaciones internacionales, bajo el capítulo 9 de Inversiones, y que estas se comparen con el poder regulatorio de un Estado respecto al medio ambiente, salud y otros objetivos regulatorios, permitirá —quizá— un día, que futuros tratados de inversiones logren excluir estas medidas de reclamaciones internacionales.

Por ello, el hecho de que el poder regulatorio de un Estado esté incluido en el TPP, hace avanzar el desarrollo del régimen de arbitraje internacional de inversiones y abre las puertas para futuras discusiones en el campo. Este artículo presenta un análisis del lenguaje usado en el TPP y destaca los aspectos positivos del mismo, con el objetivo de alentar a la audiencia a considerar los impactos positivos de este lenguaje para futuros TBI y Tratados de Libre Comercio.

LAS JUNTAS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS EN CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA: VENTAJAS Y DIFICULTADES

Zita Aguilera Becerril [*] [**]

Sumario: 1. Introducción.— 2. Junta de resolución de disputas. Principales conceptos.— 3. Función consultiva y función decisoria.— 4. Ventajas y dificultades.— 5. Propuestas de mejora normativa.— 6. Experiencias de *dispute boards* a nivel internacional.— 7. Conclusiones.— 8. Referencias bibliográficas.

Fui invitada a participar en este importante esfuerzo académico, denominado *La mujer en el arbitraje*, y decidí tratar sobre la junta de resolución de disputas que, al igual que el arbitraje, es un mecanismo de solución de controversias, pero que, esencial y preferentemente, tiene carácter preventivo, y ofrece ventajas relevantes por el conocimiento y especialidad que tienen los miembros de la JRD sobre el proyecto, así como por la oportunidad en que se pronuncian sobre los temas sometidos a su conocimiento y se implementan sus decisiones. Sin

[*] Abogada por la Universidad Nacional de Trujillo; magíster en administración, derecho y economía de los servicios públicos por la Universidad Carlos III de Madrid, y con estudios concluidos de maestría en derecho administrativo y regulación de mercado por la Universidad de Piura. Socia del Estudio Echecopar (firma asociada a Baker & McKenzie International), especialista en contratación con el Estado, concesión de servicios públicos, arbitraje, derecho administrativo y control gubernamental. Es docente de la Universidad ESAN. Árbitro y adjudicadora de junta de resolución de disputas. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción.

[**] Agradezco el apoyo brindado por Joaquín Lazo Pérez-Palma, asociado del Estudio Echecopar, para la elaboración de este artículo, mediante la identificación de importante doctrina.

embargo, este mecanismo también afronta dificultades, debido a la rigidez del marco normativo de contratación pública y la cultura de adversidad tan internalizado en las entidades, supervisores y contratistas, por lo que propongo alternativas, tanto a nivel normativo como en el ejercicio mismo de la función de miembro de las JRD y para las entidades contratantes y contratistas.

1. INTRODUCCIÓN

Es sabido el alto nivel de conflicto o litigo que se presenta en los contratos públicos, y más en los contratos de obra, lo cual se debe a la complejidad de la prestación, la duración del vínculo contractual, la sobre-regulación de los actos contractuales, y, sobre todo, a la cultura de los actores de la contratación estatal, y el arbitraje, mecanismo que se instituyó y avanzó con éxito por más de veinte años, en la actualidad no viene resultando efectivo por el tiempo que toma obtener un laudo y la dinámica propia de la industria de la construcción. Es en este contexto que la junta de resolución de disputas (JRD), adquieren especial relevancia, tanto por su función consultiva, orientada a prevenir conflictos entre las partes, como por su función decisoria, que permita a las partes conseguir una solución oportuna y especializada de sus controversias.

Aunque desde algunos años atrás, en proyectos de infraestructura financiados por organismos multilaterales ya se venía usando el *dispute board*, mecanismo semejante a las JRD, estas fueron instituidas recién en el año 2012 en la Ley de Contrataciones del Estado, sin que se haya evidenciado mayor incidencia en su utilización. Fue a propósito de la organización de los Juegos Panamericanos y Parapanamericanos Lima 2019 que este mecanismo de prevención y solución de controversias cobró gran impulso en el país[1] y, desde entonces, su utilización en contratos de obra pública es mucho más recurrente, incluso en aquellos

[1] Se utilizó el mecanismo de los *Dispute Adjudication Boards* (DAB), bajo el Reglamento de la International Chamber of Commerce (ICC).

proyectos de infraestructura, donde no es obligatorio su uso. Las partes contratantes se inclinan a utilizar las JRD, ya que la ejecución de la obra se efectuará con el acompañamiento de especialistas que son designados de común acuerdo por estas, quienes les ayudarán a prevenir controversias y, si estas ocurren, facilitarán su pronta solución, sin afectar la continuidad de la obra.

Sin embargo, hay dificultades que se vienen presentado en la conformación de las JRD, y en el desarrollo de sus funciones, siendo que, además, es necesario dotar de mayor transparencia a las actuaciones de la JRD, aspectos que serán abordados en este artículo.

2. JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS. PRINCIPALES CONCEPTOS

La JRD es un medio de prevención y solución de controversias que puedan surgir durante la ejecución de contratos de obra. Obligatorio en todos aquellos contratos de obra, suscritos al amparo de la Ley de Contrataciones del Estado, cuyo monto sea mayor de veinte millones de soles, y opcional para los demás casos.

Cairns y Madalena reconocen a la JRD como un método especializado y técnico de resolución de controversias mediante la decisión neutral de un experto en la materia. (2005, p. 1677).

Según Molina y Ríos, lo que caracteriza a este mecanismo es que sus miembros se reúnen regularmente para revisar el estado de la obra y los potenciales problemas. Detectadas las dificultades, lo que se busca con este mecanismo es incentivar la cooperación y dar solución a los problemas, colaborando tanto con el propietario como con el contratista en la búsqueda de soluciones que sean aceptables o, al menos, tolerables para ambas partes. (2016, p. 345).

Por este medio de prevención y solución de controversias, las partes designan, de común acuerdo, a un experto o a un panel de expertos, conformado por tres miembros,[2] que acompañarán a las partes en la ejecución de la obra desde la etapa más temprana posible; es decir, desde que empieza a correr el plazo para la ejecución de la obra hasta que se produce su recepción total, aportando con sus conocimientos y experiencia en la absolución de consultas sobre algún aspecto contractual o técnico, o emitiendo decisiones sobre las controversias que le fueron sometidas a su conocimiento, reuniéndose de manera periódica con las partes y visitando la obra, para tener una mayor inmediatez y acercamiento a las ocurrencias de la obra.

Bajo la normativa de contratación pública —Ley n.° 30225—, Ley de Contrataciones del Estado, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por Decreto Supremo n.° 082-2019-EF (LCE), y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo n.° 344-2018-EF, y sus modificatorias (RLCE), si la JRD se conforma de un miembro, este debe ser ingeniero o arquitecto, y tener conocimiento de la normativa nacional aplicable al contrato y en contratación pública,[3] aplicando los mismos requisitos para el tercer miembro de la JRD. Los otros dos miembros de la JRD deben ser expertos en ejecución de obra. Además, todos los miembros de una JRD deben estar inscritos en la lista de adjudicadores de una institución que presta servicios de administración de JRD (en adelante, el «Centro»). Cada Centro establece, a su vez, requisitos y condiciones para integrar a los profesionales en sus listas, como, por ejemplo, tener conocimientos en el mecanismo de Junta de Resolución de Disputas, experiencia en solución de controversias, evaluación curricular, etc. También es indispensable que los miembros de la JRD posean habilidades blandas: capacidad para comunicarse con claridad con las partes y con los demás miembros, persuasión, asertividad, etc.

---

2 El tercer miembro de la JRD es designado por los dos miembros que fueron designados de común acuerdo por las partes.

3 Ver artículo 45.36 de la LCE.

Y es que, en razón del rol que cumplen los miembros de una JRD, es indispensable que cuenten con la experiencia, especialidad y habilidades blandas antes mencionadas, pero, además, deben dedicarse y tener disponibilidad de tiempo para cumplir con las actividades propias de la JRD, que implican mantenerse en permanente conocimiento de lo actuado en la obra, participar en reuniones y en las visitas o inspecciones de obra, y, por ello, es importante que los miembros de la JRD no se comprometan con un gran número de contratos, pues ello podría limitar su desempeño adecuado.

En lo que concierne a las materias sobre las que puede decidir la JRD, su competencia es amplia, pues la JRD puede conocer y decidir las controversias que surjan entre las partes hasta que la Entidad reciba la obra, incluyendo aquellas referidas a la formulación y subsanación de observaciones en el periodo de recepción. Las controversias más recurrentes suelen versar sobre el alcance de las prestaciones o la forma cómo se deben ejecutar los trabajos o su calidad, las ampliaciones de plazo, las penalidades y valorizaciones.

La JRD no se puede pronunciar sobre pretensiones de carácter indemnizatorio por conceptos no previstos en la normativa de contratación pública, y tampoco sobre aquellas materias que por ley no son pasibles de ser controvertidas en este mecanismo, según el artículo 45.4 de la LCE, tales como: la decisión de la entidad o de la Contraloría General de la República (CGR) de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, 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. Y aquí surge una primera cuestión que no ha sido abordada expresamente por la normativa de contratación pública y es qué pasa si la JRD se pronuncia sobre algunas de estas materias no permitidas, al carecer de competencia estaríamos ante un vicio de nulidad, que, en mi opinión, tendría que ser declarada en

arbitraje;[4] sin embargo, de acuerdo con la normativa, solo se puede recurrir al arbitraje cuando culmina la obra, con lo cual se posterga la corrección de una situación irregular por largo tiempo, tornando en irreversible el perjuicio para la obra y para el ordenamiento jurídico.

Otra situación que tampoco ha sido abordada por la normativa de contratación pública es si la JRD se pronuncia sobre una materia que no fue sometida por las partes para su pronunciamiento, y es que, puede ocurrir, que con la intención de «mejor hacer», emita una decisión *extra-petita*. La normativa de contratación pública contempla solo la posibilidad de solicitar su corrección o aclaración de la decisión. La solicitud de corrección es para corregir defectos de carácter formal, como lo son errores aritméticos, en tanto que el pedido de aclaración tiene por objeto que se esclarezca algún aspecto dudoso o ambiguo del pronunciamiento, pero no para excluir algún extremo de la decisión, y aquí nuevamente se requerirá del arbitraje para corregir tal situación.

3. FUNCIÓN CONSULTIVA Y FUNCIÓN DECISORIA

El arbitraje se desarrolló de manera exitosa en el país, siendo el Perú un país pionero en su utilización en contratos públicos, mediante su incorporación en la Ley n.° 26850, hace más de veinte años, que determinó su aplicación obligatoria para la solución de controversias que surjan durante la ejecución de un contrato, incluyendo su validez, eficacia, terminación, entre otros.

Sin embargo, los arbitrajes se han tornado cada vez más largos, sobre todo en contratos de construcción, siendo que la dilación en la so-

[4] Cabe precisar que aun cuando los árbitros tampoco son competentes para pronunciarse sobre la decisión de la entidad o de la CGR de aprobar o no una prestación adicional de obra, enriquecimiento sin causa o pretensiones indemnizatorias derivadas de la falta de aprobación de un adicional; en este caso, se pronunciarían sobre la nulidad de la decisión emitida por la JRD, por haberse excedido de sus competencias, lo cual constituye una materia distinta de aquellas que están proscritas por el artículo 45.4 de la LCE.

lución de la controversia impacta negativamente en la dinámica del contrato, ya que hay cuestiones de orden técnico y de la propia relación contractual, y más tratándose de un proyecto de infraestructura pública, que no pueden esperar a la obtención del laudo, y al no ser resueltas oportunamente, generan más controversias entre las partes, tal como ocurre, por ejemplo, cuando se discute una ampliación de plazo en arbitraje y, mientras tanto, el avance de los trabajos y la afectación de la ruta crítica se continúa evaluando en función de un cronograma de avance de obra que se quedó desfasado a la espera del laudo, dando lugar a que los siguientes eventos y circunstancias que generan atrasos, disrupciones, paralizaciones, que impactan en la obra, no sea reconocidos por la entidad, pues se remite al calendario desfasado.

Del mismo modo, si en un laudo se reconoce un monto a favor del contratista, de acuerdo con el artículo 45.36 de la LCE,[5] el pago recién se debe efectuar cuando se liquide o concluya el contrato; es decir, se posterga la posibilidad del contratista de percibir los importes a los que tiene derecho, no obstante, el razonable interés de este de contar con liquidez mientras se encuentra ejecutando la obra. A ello se suman los altos costos que significa para las partes el arbitraje, tanto en lo que respecta a los honorarios de los árbitros, centros arbitrales o secretaria arbitral, abogados y obtención de informes de expertos o peritos.

Y es en este contexto que surge la JRD como un mecanismo alternativo, que permite contar con el acompañamiento de un panel de expertos, quienes brindan asistencia técnica a las partes, a través de la función consultiva, coadyuvando así a prevenir controversias; y, cuando las controversias surjan inevitablemente, la JRD concurrirá para decidir sobre ello, dando a las partes una solución sobre sus divergencias, pero, de manera contemporánea, a la ejecución de la obra.

---

5 Artículo 45.36 de la LCE.: «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».

La función consultiva coadyuva a evitar controversias entre las partes, toda vez que los adjudicadores o miembros de la JRD brindarán asistencia técnica a las partes respecto de aquellas cuestiones de orden técnico o contractual que generan dificultad o discordancia entre las partes, con lo cual se propende a evitar el surgimiento de un conflicto. Para que la JRD desempeñe este rol consultivo, ambas partes tienen que estar de acuerdo en formular tal solicitud, siendo que la opinión que emita la JRD no tendrá carácter vinculante.

Paredes indica que los miembros de la JRD:

> [T]ienen atribuciones para ayudar a las partes a prevenir del conflicto. Las partes conjuntamente pueden recurrir al adjudicador durante la ejecución de la obra para que absuelva alguna consulta con relación a algún punto contractual y/o técnico, y en tal sentido conociendo *ex ante* la posición del adjudicador, ayuda a las partes a llegar a un entendimiento sin necesidad de generarse el conflicto. (2014, pp. 153-154).

Según Reiner Solís, la función consultiva hace que este mecanismo se constituya en un engranaje dentro del sistema de desarrollo de la obra,[6] y es que, la interacción que se produce entre los miembros de la JRD y la inmediatez con la que son atendidas las consultas que formulan las partes, contribuyen a una adecuada dinámica contractual y de ejecución del proyecto.

No obstante la asistencia técnica brindada, habrá situaciones en que la controversia será inevitable, en cuyo caso, corresponderá a la JRD emitir una decisión sobre ello, desarrollando así su función decisoria. Para este caso, cualquiera de las partes puede solicitar a la JRD emitir una decisión sobre alguna cuestión controvertida, y luego de escuchar las posiciones de ambas, la JRD emitirá su decisión, que tendrá carácter vinculante y su implementación o ejecución será inmediata, aun cuando las partes expresen su desacuerdo con la misma.

---

6 Disponible en <https://www.reinersolis.com/junta-de-resolucion-de-disputas/>.

García-Calderón sostiene:

> Los adjudicadores tienen como misión emitir decisiones vinculantes cuando ocurra una discrepancia en cuanto al proceso constructivo y/o a la interpretación del contrato, en donde las partes no logren conciliar sus intereses, permitiendo el desarrollo y continuidad de la obra. Pero los adjudicadores también ejercen una función de orientación hacia las partes de naturaleza preventiva, justamente a efectos de evitar que se produzca una interpretación diversa respecto al expediente técnico, a las bases o a cualquier hecho que pueda generar una futura controversia, para lo cual deberán visitar la obra durante el proceso constructivo de manera recurrente. (2021, p. 275).

Aquí se presenta la interrogante si es que la JRD puede emitir una decisión cuando la controversia guarda relación con aquellos temas técnicos sobre los que emitieron opinión no vinculante previamente, en ejercicio de su rol consultivo. En mi opinión, la JRD sí puede válidamente ejercer su función decisoria, sin quedar comprometidos debido a que previamente hubiesen asistido a las partes en dicho tema, pues lo que se obtendrá será al emitir la decisión será la posición técnica de estos expertos, teniendo a la vista la mayor prueba o elementos que puedan aportar las partes en esta fase decisoria; es decir, no necesariamente habrá un condicionamiento respecto del sentido de la decisión por el hecho de haber ejercido su rol consultivo sobre dicho tema.

De otro lado, si alguna de las partes no está conforme con la decisión emitida por la JRD, puede expresar, por escrito, su desacuerdo, para que, al finalizar la obra, pueda ejercer su derecho a recurrir a arbitraje. En la experiencia internacional, rara vez no se pone fin a la disputa, y las partes son reacias a acudir al arbitraje o a los tribunales, especialmente si el resultado es admisible o tolerable para ambas.[7]

---

7 Las estadísticas de la Federación de Dispute Board indican que el 98% de los litigios se resuelven de manera definitiva con la decisión de la junta de disputas.

4. VENTAJAS Y DIFICULTADES

Al explicar en qué consiste este mecanismo y las funciones de los miembros de la JRD aparecen a la vista sus múltiples ventajas, tales como, el conocimiento que tiene la JRD de la ejecución de la obra, debido a que los miembros de la JRD se integran al proyecto desde la etapa más temprana posible y su acompañamiento es continuado, así como la especialidad en la industria de la construcción que poseen, que les permite conversar con el personal técnico de las partes contratantes en el mismo lenguaje y contar soluciones eficientes a disyuntivas de carácter técnico o económico. A su vez, las visitas rutinarias permiten a las partes enfocarse y discutir disputas o diferencias en sus posiciones, lo que supone una gran oportunidad para evitar conflictos.

Proaño y Guevara, Marco, sostienen que es un mecanismo rápido para resolver los conflictos que se presentan entre las partes, debido a que sus miembros tienen la posibilidad de conocer la obra en su totalidad, familiarizarse con su ejecución, avance, reprogramaciones, etc., de forma expedita. (2019, p. 174).

Medina Flores rescata que las JRD ofrecen respuestas para las discrepancias de menor dimensión que se generan constantemente durante la ejecución del proyecto y que, aunque pudieran revestir implicancias económicas, pueden impedir que se logre la finalidad del mismo. (2019, p. 124).

A esto se agrega la inmediatez y celeridad con la que son atendidas las consultas que formulan las partes (función consultiva) y son resueltas las controversias (función decisoria); es decir, coetáneamente con la ejecución de la obra, fomentando su continuación de la obra y su eficiencia.

Además, este mecanismo propende a reducir la animadversión entre las partes y que los problemas no se acrecienten o se tornen más

complejos con el paso del tiempo, tal como, lamentablemente, ocurre en aquellas obras que solo tienen al arbitraje como mecanismo de solución de conflictos. Aun cuando lo deseable es que la JRD ayude a evitar que ocurran, es usual que en contratos de obra surjan controversias entre las partes, por lo que mientras más rápido se resuelvan y se dejen atrás o se superen, las relaciones entre las partes fluirán de mejor manera, y será mejor, tanto para los costos como para el tiempo de ejecución del proyecto.

En esa línea, Peñate sostiene que la continuidad de la ejecución contractual está mayormente asegurada, considerando, por supuesto, la buena fe de las partes, en virtud que con un panel de conocedores atendiendo, de primera mano, el surgimiento de reclamos y conflictos, se eliminan las «excusas» para suspender la obra, o las amenazas de hacerlo, ante la ocurrencia de reclamos no satisfechos, pues, producto de la inmediatez y celeridad antes explicadas, las partes reciben sin mayores dilaciones, una decisión que, por lo general, posibilita la continuidad de la ejecución del contrato. (2014, p. 92).

En resumen, conforme señalé en un trabajo previo, son características positivas, la dedicación y actuación ininterrumpida de la JRD, y la oportunidad de sus recomendaciones u opiniones (no vinculantes) y de la decisión, que es emitida mientras la obra se encuentra en ejecución. (2019, p. 182).

Sin embargo, ya se aprecian dificultades y retos, algunas de las cuales ameritan ser abordadas por la normativa de contratación pública y/o contemplados en los reglamentos de los centros de solución de controversias, según comentamos a continuación.

Una primera dificultad se presenta por el reducido número de profesionales que cuentan con registro en alguna nómina de JRD, así como el número de centros que ya tienen implementado este mecanismo como parte de los servicios que ofrecen. Conforme mencioné en el numeral II,

es importante que los miembros de la JRD no se comprometan con un gran número de contratos, pues ello podría limitar su desempeño adecuado y, en línea con ello, urge contar con más profesionales calificados para conformar JRD.

A su vez, la dilación en la conformación e inicio de funciones de las JRD afecta su desempeño y la plena utilidad de este mecanismo. Como hemos comentado previamente, lo óptimo es que la JRD se involucre en la obra desde la etapa más temprana posible, esto es, apenas se produce la entrega de la obra. Es usual que en la fase de arranque de obra se presenten las primeras divergencias entre las partes, ya sea por incompatibilidades del expediente técnico con las características del terreno, por la existencia de interferencias, o por la forma cómo las partes interpretan el alcance de las obligaciones, entre otras.

Y esta situación de dilación se ve acentuada por la necesidad de que las partes (Entidad contratante y contratista) y los miembros de la JRD suscriban un contrato tripartido, para que la JRD inicie funciones y, aun cuando la directiva de JRD, aprobada por OSCE,[8] ofrece un modelo de contrato tripartito, es frecuente que las partes se entrampen en discusiones sobre los términos de sus cláusulas.

En mi opinión, habiendo ya regulaciones sobre la conformación, funciones, deberes de las partes y de los miembros de la JRD, así como las causales para su remoción, se podría prescindir de la suscripción de un contrato tripartito, siendo que las disposiciones sobre la frecuencia de las reuniones y visitas a las obras, honorarios y otras cuestiones de carácter administrativo bien puede regularse a través de un acta de instalación, lo cual coadyuvaría a reducir los plazos para el inicio de funcionamiento de la JRD, e incluso para la reconformación de la misma, si acaso uno o más de sus miembros son sustituidos, por recusación, remoción, u otro motivo.

8 Directiva n.° 012-2019-OSCE/CD.

En ese mismo sentido, el inicio oportuno en funciones de la JRD también se retarda por temas de orden presupuestal por parte de las entidades, pues hay procesos de ejecución presupuestaria y del sistema nacional de programación multianual, que las entidades públicas necesariamente deben cumplir, para la asignación de los fondos que le permitan solventar los honorarios de los miembros de la JRD y del Centro, así como los viáticos y gastos de desplazamiento para las visitas de inspección, en la parte que les corresponde (50%).

Se comenta sobre el alto costo que representa contar con el acompañamiento de la JRD durante toda la ejecución de la obra, incluso hay centros que ofrecen servicios que tienen tablas aranceles que fijan los honorarios de los miembros de la JRD en base al precio pactado por la obra; sin embargo, considero que los costos que pueda significar el funcionamiento de la JRD terminan siendo más ventajoso que el postergar la solución de controversias al arbitraje. En esta línea, Bates y Torres-Fowler indican que dado que los DB ofrecen un proceso menos formal que no requiere necesariamente la participación directa de abogados y expertos externos (aunque muchas partes consultan con abogados y expertos entre bastidores), el coste de la resolución de un conflicto suele ser menor que el que supondría un arbitraje o un litigio convencional. (2020, p. 241).

En este punto, traemos a colación las dificultades que se han presentado debido a la postura adoptada por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en la Opinión n.° 133-2020/DTN,[9] según la cual los desembolsos que las partes deben efectuar para el funcionamiento de la JRD no pueden formar parte del presupuesto de obra, al considerar que no integran el valor económico de la obra. El OSCE llega a esta conclusión en base a la mera literalidad de las definiciones de «presupuesto de obra» y «valor referencial» del Anexo

[9] Disponible en <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1534708/Opini%C3%B3n%20133-2020%20- %20Programa%20Agua%20Segura%20Lima%20y%20Callao.pdf>.

1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, sin considerar que tales definiciones han sido planteadas, bajo tales términos, desde antes que las JRD se hubiesen instituido como mecanismo de prevención y solución de controversias para las obras públicas, y es que, erróneamente, se asimila el precio que corresponde pagar al contratista por la obra ejecutada (costo directo, gastos generales, utilidad e IGV) con el presupuesto que se debe involucrar para lograr su ejecución, lo que incluye la implementación de la JRD, ya que a través de este mecanismo se obtiene el acompañamiento y asesoría durante el desarrollo de la obra (función consultiva) y se solucionan las controversias con inmediatez.

Aunque este mecanismo es esencialmente de carácter «preventivo», para ayudar a las partes en la búsqueda de alternativas y soluciones para la correcta ejecución de la obra, y evitar así que surjan disputas, en la actualidad es muy insipiente la actuación consultiva de la JRD en nuestro país, y las partes requieren la función decisoria, lo cual se debe, principalmente, por la cultura de confrontación y de litigio tan enraizada en nuestro país y que es necesario desterrar. A esto se agrega que se requiere que ambas partes coincidan en el pedido para que la JRD desarrolle su rol consultivo sobre determinada cuestión de la obra, y además la posición u opinión que exprese la JRD sobre la materia sometida en consulta no es vinculante para las partes, como sí ocurre con las decisiones.

Es, precisamente, esta cultura de confrontación y de litigio una de las principales dificultades para este mecanismo. Las partes, a veces, actúan como si estuvieran en un arbitraje, y, se tiende a trasladar las formalidades de dicho mecanismo de solución de conflictos a las JRD. Entonces, el reto es grande y depende del aprendizaje y cambio de actitudes de todos los actores, incluyendo la de los miembros de la JRD, que no deben incurrir en prácticas propias de litigios.

La normativa de contratación pública no fomenta una cultura de colaboración y confianza entre las partes, sino todo lo contrario, lo que

limita la efectividad del rol consultivo de la JRD. Tampoco se puede soslayar que el exceso de reglamentación y procedimientos para la ejecución de obra pública impone a los adjudicadores un reto muy grande, más si se tiene en cuenta la formación por su carrera profesional en el caso de ingenieros o arquitectos, pues se requiere conocer con suficiencia e interpretar adecuadamente las disposiciones normativas y contractuales, teniendo en cuenta los principios que rigen la normativa. Esta dificultad, que se presenta por el perfil profesional de los miembros de la JRD es reconocida por John W. Hinchey,[10] quien indica lo siguiente:

> Además, algunos profesionales creen que existe el riesgo de que los miembros de la junta de conflictos, especialmente los ingenieros que carecen de formación jurídica formal, puedan hacer caso omiso de los requisitos de un contrato en favor de su propio sentido de la equidad y el juicio. Al hacerlo, existe el riesgo de que una junta de conflictos pueda negar a una parte el beneficio de su negociación al ignorar términos contractuales específicos. (2020, p. 242).

5. PROPUESTAS DE MEJORA NORMATIVA

En línea con lo comentado en el párrafo precedente, urge modificar la normativa de contratación pública, y migrar a diseños o modelos contractuales, que permitan una comunicación más fluida y abierta entre las partes, y aquí se puede tomar como referencia la filosofía de «libros abiertos» y el mecanismo de alertas tempranas, tal como se presenta en modelos estándares internacionales de la industria de la construcción, que motiva a las partes a compartir información y dar cuenta de cualquier circunstancia que pueda tener un impacto negativo en la ejecución de la obra, lo que permitirá, a su vez, que la JRD tome conocimiento de las mismas, en tiempo oportuno, y coadyuvar en la

[10] Citado en: BATES, Albert y Zach TORRES-FOWLER. «Dispute Boards: An approach to the efficient resolution of disputes in the construction sector». En *Dispute Resolution Magazine*, vol. 26, n.° 3, September 2020.

toma de decisiones en beneficio del proyecto, para la prevención de controversias.

Hoy, la normativa de contratación pública prevé el uso del cuaderno de obra (físico o digital), pero orientado al cumplimiento de requisitos de procedencia, tal como ocurre con las anotaciones de circunstancias que ameritan ampliación de plazo, trámite para aprobación de prestaciones adicionales, consultas técnicas u otros; siendo que, además, se ha desnaturalizado el uso del cuaderno de obra, pues las partes lo utilizar para registrar cualquier tipo de comunicación y con vocación de generar y documentar reclamos a futuro.

Además, la normativa peruana debería ofrecer mayor flexibilidad para introducir modificaciones a los términos pactados, y disposiciones adecuadas para la identificación, evaluación, asignación y mitigación de riesgos en forma conjunta, y es que la JRD como mecanismo de prevención de conflictos requiere, para su eficacia, de un marco normativo que acompañe su vocación colaborativa. La necesidad de contar con un mejor marco normativo se hace más relevante en aquellos contratos que incluyen, además de la construcción, el diseño y equipamiento, pues se debe dar al contratista un mayor manejo y poder de decisión sobre parámetros y metodología constructiva, y decidir sobre alternativas de solución para los casos en que se adviertan deficiencias en los estudios de preinversión, o cuando las características de los terrenos no guardan correspondencia con lo reportado en tales estudios, de modo tal que los contratistas no queden sujetos, de manera tan rígida, como ocurre ahora, a procedimientos y aprobaciones desde el lado del Programa Multianual de Inversiones (Invierte PE), y de la entidad contratante (incluyendo al supervisor); pudiendo, además, asignarse a la JRD, atendiendo al conocimiento que tienen del proyecto y especialidad técnica que poseen, la evaluación y decisión sobre las alternativas más eficientes para superar este tipo de situaciones, como expresión de la función consultiva, y evitar así la dilación de la ejecución de la obra y surgimiento de controversias.

Como correlato de dotar a la JRD con mayor participación en la ejecución de proyectos de infraestructura, se hace necesario que haya mayor publicidad y transparencia sobre las opiniones y decisiones que emiten, no debiendo soslayarse que sus actos impactan en una obra de interés público y que se financia con recursos del Estado, y como tal, deben ser pasibles de ser conocidos por la ciudadanía. Si bien hay avances muy relevantes para dar publicidad a los procesos de contratación estatal, a través del Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado (Seace) y los portales de transparencia de las instituciones, la fase de ejecución contractual se encuentra relegada en ese aspecto, pues solo es de acceso público el contrato suscrito por la entidad contratante y el contratista, pero no las actuaciones que se producen durante toda la ejecución de la obra. Estas limitaciones de acceso se extienden a los actos de la JRD, y no hay justificante para ello, por lo que considero que se debería habilitar en el Seace, en la ficha que corresponde a cada contratación, el registro de las opiniones no vinculantes y decisiones que emite la JRD.

En la línea de la mayor transparencia, es relevante explicitar el deber que recae en los miembros de la JRD de informar a las partes, oportunamente, de la ocurrencia de alguna situación que afecte su desempeño y disponibilidad para ejercer sus funciones. Y es que, tanto en la normativa de contratación pública como en los reglamentos de los centros que brindan servicios de JRD, se aborda el supuesto vinculado a la falta de independencia e imparcialidad, previendo como consecuencia la recusación, pero no se prevén regulaciones semejantes para el caso en que se presente una circunstancia que afecte el normal desempeño de funciones y disponibilidad, tal como ocurre, por ejemplo, en el caso de que algún miembro de la JRD padezca alguna enfermedad grave o alguna situación que le impida ejercer sus funciones, y no lo informe a las partes, pues al tratarse de información sensible, solo puede ser revelada por su titular,

siendo que su uso o divulgación sin su autorización sea sancionado severamente.[11]

Para evitar las dilaciones en la conformación e inicios de funciones de la JRD, tal como comenté en el numeral precedente, se debería suprimir el requisito de suscripción del contrato tripartito, y, además, se debería permitir que los honorarios de los miembros de la JRD y del Centro, puedan ser solventados por las partes en periodos sucesivos, si así lo pactan las partes, de modo tal que en el periodo inicial, mientras la entidad estatal atiende los procedimientos de índole presupuestal, el contratista pueda cubrir al 100% dichos gastos, con cargo, a que en un periodo siguiente, por ejemplo, los tres meses siguientes, estos sean cubiertos en su totalidad solo por la entidad.

De otro lado, a raíz de la pandemia, las comunicaciones y notificaciones que se producen durante el funcionamiento de la JRD se vienen cursando por vía electrónica; sin embargo, algunos centros que brindan servicios de JRD siguen limitando el horario a turnos diurnos, al igual que las partes, sobre todo en el caso de las entidades púbicas, cuando, por el uso de medios de transmisión de datos a distancia es plenamente viable que se reciban comunicaciones durante las veinticuatro horas del día. Recientemente, la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del Instituto de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual (Indecopi) emitió Resolución n.° 0481-2021/SEL-INDECOPI, por la que concluye que constituye una barrera burocrática ilegal la imposición del límite de horario de atención presencial, por lo que es importante que se revisen y adecúen las disposiciones sobre recepción de comunicaciones por vía electrónica, más aún considerando los plazos de caducidad previstos por la LCE para las controversias y que la notificación tardía de las decisiones generan su ineficacia.[12]

---

11 En jurisprudencia, cuando esta información está involucrada, la Autoridad de Protección de Datos ha impuesto multas de alrededor de 30 UIT.

12 Ver numeral 7.16 de la Directiva n.° 012-2019-OSCE/CD.

En lo que concierne a competencias de la JRD, considero que sí se debería permitir que la JRD se pronuncie sobre pretensiones de carácter indemnizatorio por conceptos no previstos en la normativa de contratación pública, como lo son, por ejemplo, las reclamaciones por pérdida de productividad o disrupciones, pues son motivo de conflictos constantes entre las partes, y que requieren para su prevención y solución del conocimiento que tiene la JRD por su participación continua en el proyecto y por su especialidad en la industria de la construcción.

6. EXPERIENCIAS DE *DISPUTE BOARDS* A NIVEL INTERNACIONAL

El Banco Mundial promovió los *dispute boards* (DB) en el proyecto de «El Cajón» en Honduras en 1980 y ante los buenos resultados en la solución exitosa de disputas, empezó a favorecer este mecanismo en diversos proyectos financiados con fondos de este organismo multilateral.

Así, en 1995 se publicó el documento de licitación estándar del Banco Mundial y, en las condiciones Fidic,[13] se suprimió la disposición habitual que atribuía al «ingeniero» decidir sobre los litigios, y se encargó esta función a un panel de expertos, al que se le denominó *Dispute Review Board* (DRB), similar a como se venía usando en Estados Unidos de América.

Así, el Banco Mundial exigió a todos los países prestatarios de más de 50 millones de dólares por contrato, establecer un DRB, conformado por tres personas, y para proyectos entre 10 y 50 millones de dólares, podían utilizar una junta de una sola persona o un experto en revisión de disputas (DRE). Otros bancos, como el Banco Asiático de Desarrollo, siguieron este ejemplo.

13 Federación Internacional de Ingenieros Consultores.

En modelos estándares internacionales de la industria de la construcción, como, por ejemplo, Fidic, NEC,[14] DBF,[15] etc., también se implementó este mecanismo. Del mismo modo, la Cámara de Comercio Internacional (ICC) también ofrece un modelo de cláusula para implementar el DB en contrato, y cuenta con un reglamento, que contiene las principales disposiciones sobre funcionamiento, conflicto de intereses, relación con las partes, honorarios, etc.

La experiencia de uso de este mecanismo a nivel internacional es muy positiva. En Reino Unido, por ejemplo, se utilizó el DB en la construcción del túnel del Canal de la Mancha, enlace ferroviario del túnel del Canal, hospitales, centrales eléctricas, escuelas, ferrocarril ligero de los muelles, varias obras de la agencia de carreteras, construcción de los Juegos Olímpicos. En China, Pakistán, India, Etiopía, Uganda, Egipto, Islandia, Lesoto, Maldivas, Ghana, Canadá y Brasil, se incluyó el DB se incluyó este mecanismo en contratos de construcción de presas y centrales hidroeléctricas. En Hong Kong, Atenas, Omán y Turquía en contratos de construcción de aeropuertos, y proyectos de carreteras en Rumanía, Kazajistán, Irlanda, Mongolia, China y África.

7. CONCLUSIONES

La junta de resolución de disputas constituye un mecanismo que imprime gran eficiencia a la ejecución de los proyectos de infraestructura en nuestro país, sus ventajas comprobadas en la experiencia internacional, e incluso peruana, reflejada en los proyectos de la organización de los Juegos Panamericanos Lima 2019, genera gran expectativa sobre la mejora de la ejecución de la obra pública en Perú, sobre todo en cuanto a la prevención de conflictos y oportunidad de solución de las divergencias que surgen inevitablemente entre las partes. Sin embargo, no debemos perder de vista las dificultades que ya se vienen apreciando debido a la rigidez del marco normativo peruano y la cultura de aversión o litigio

14 Nuevo contrato de ingeniería y construcción.
15 Contrato de diseño, construcción y financiamiento.

de los actores de la contratación pública, por lo que es importante implementar con prontitud medidas correctivas para preservar la esencia de este mecanismo.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATES, Albert & Zach TORRES-FOWLER. «Dispute Boards: An approach to the efficient resolution of disputes in the construction sector». En *Dispute Resolution Magazine*, 2020, vol. 26, n.° 3, pp. 237-264.

CAIRNS, David y Ignacio MAGDALENA. «El reglamento de la ICC relativo a los *dispute boards*». En *La Ley*, revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, 2006, n.° XXI. 1.ª ed., pp. 1677-1682.

GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. «El nuevo medio de solución de conflictos: los *dispute boards*». *Ius et Praxis*, 2021, (052), pp. 275-285.

MEDINA FLORES, Juan Carlos. «El acuerdo de gobierno a gobierno y los contratos NEC: ¿Soluciones a las deficiencias de la normativa de contrataciones del Estado que puedan ser replicadas por todas las entidades?». En *Ius et Veritas*, 2019, (58), pp. 110-127.

MORÓN URBINA y Zita AGUILERA Zita. *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019, pp. 1-185.

PAREDES CARBAJAL, Gustavo. «*Dispute boards* y arbitraje en construcción: ¿Compiten o se complementan?». En Hernández García, R. (coord.). *Dispute boards en Latinoamérica: Experiencias y retos*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2014, pp. 141-157.

PEÑATE, Carlos. «Las mesas de resolución de disputas como mecanismo que viabiliza la continuidad en los proyectos de construcción: La experiencia en El Salvador». En Hernández García, R. (coord.). *Dispute boards*

en Latinoamérica: Experiencias y retos. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2014, pp. 23-33.

PROAÑO, David y Marco GUEVARA. «Las virtudes de los *dispute boards* y su aplicación en Ecuador». *USFQ Law Review*, 2019, volumen 6 (1), pp. 165-177.

SOLÍS VILLANUEVA, Reiner. «Junta de resolución de disputas». Ver: <https://www.reinersolis.com/junta-de-resolucion-de-disputas/>.

EL ARBITRAJE FRENTE A LOS ESQUEMAS FRAUDULENTOS (EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO EN SEDE ARBITRAL)

Roxana Jiménez Vargas-Machuca [*]

La verdad se corrompe tanto con la mentira como con el silencio.
Cicerón

Sumario: 1. Introducción.— 2. Distorsiones en el ejercicio de los derechos. Respuesta del ordenamiento jurídico y de la doctrina frente a ellas.— 2.1. Simulación.— 2.2. Principio de primacía de la realidad.— 2.3. Fraude a acreedores.— 2.4. Autor mediato y autor directo (derecho penal).— 2.5. Fraude a la ley.— 2.6. Actos propios.— 2.7. Abuso del derecho.— 2.8. Nulidad de cosa juzgada fraudulenta.— 2.9. Interpretación del acto jurídico.— 2.10. Reflexiones finales sobre figuras en las que los principios del derecho y la buena fe intervienen para reconducir las distorsiones.— 3. Limitación de responsabilidad (velo societario). ¿Derecho absoluto?— 4. Teoría del levantamiento del velo societario.— 4.1. Control de una empresa respecto de sus filiales.— 4.2. Grupo económico.—

[*] Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), maestría culminada en la PUCP y doctorado culminado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesora de Derecho Civil y Arbitraje en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima; de Arbitraje en la Unidad de Postgrado de la Universidad de Ciencias Aplicadas; y de Responsabilidad Civil en la Maestría de Derecho de la Empresa de la Universidad de Piura. Árbitra nacional e internacional, integrante de las nóminas de los Centros de arbitraje de AMCHAM, PUCP, CCL, entre otros. Fue jueza superior titular de la Corte Superior de Justicia de Lima.

5. Un caso arbitral peruano en el que se levantó el velo societario. La secuencia judicial en anulación hasta llegar al reconocimiento de la judicatura peruana la facultad de los árbitros de levantar el velo societario y la importancia de evitar los esquemas fraudulentos.— 5.1. El caso.— 6. Conclusiones.— 7. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El derecho es una disciplina reguladora de la convivencia humana y la seguridad jurídica, afirma la certeza y la permanencia de las situaciones jurídicas dentro de un ordenamiento jurídico establecido, siendo la legalidad su herramienta más evidente (en otras palabras, para qué la legalidad si no es para brindar seguridad jurídica).

Pero la legalidad debe entenderse en un contexto de legitimidad, pues sin esta carece de sentido, es como un cuerpo sin alma, vacío, inútil y, por tanto, incapaz de proporcionar seguridad jurídica. En este sentido, la legitimidad está estrechamente relacionada con la validez social de la norma, fundamento necesario de la legalidad, orientado a valores socialmente aceptados (como la justicia), sin lo cual la norma jurídica carece de seguridad (la injusticia acarrea inseguridad).[1]

Entonces, la certeza y la seguridad, aunque constituyen una finalidad para el derecho,[2] no son suficientes, puesto que las normas que las proporcionan deben ser justas. Ahora bien, la seguridad jurídica es el as-

---

1 He trabajado el tema de la seguridad jurídica en: JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. «La seguridad jurídica». En *Revista del Magíster en Derecho Civil*, 2002, vol. 2-3 1998-1999.

2 Para Recasens, la seguridad es *el* sentido formal de la función del Derecho (Cfr. RECASENS SICHES, Luis. *Vida humana, sociedad y derecho. Fundamentación de la filosofía del derecho.* México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1945, pp. 210-211). Este mismo autor opina que el derecho no surge como ejercicio de devoción a valores tales como la justicia, sino «al impulso de una urgencia de seguridad» (p. 209).

pecto filosófico de la legalidad, es lo que da coherencia y capacidad moral de coerción a la norma jurídica. Por ello, resulta necesario entender que no es la norma jurídica la que proporciona o resta seguridad jurídica a la sociedad, sino el ordenamiento como tal. La norma jurídica no puede apreciarse en forma aislada, sino en su participación organizada en un conjunto. La organización de las normas jurídicas en una totalidad y su funcionamiento efectivo configuran el orden jurídico.

El orden jurídico, en tanto que totalidad, no es el simple agregado y superposición de normas jurídicas. Como señala Rómulo Morales Hervias, no son las normas las que crean el orden jurídico sino, por el contrario, es el orden jurídico el que se organiza en normas, habiendo surgido como respuesta a las necesidades sociales y económicas de una determinada sociedad.

Entonces, se debe entender primero qué tipo de sociedad se tiene, cuáles son sus fines, y así recién se podrá comprender y evaluar el orden jurídico de aquella. Es, pues, fundamental tener una estructura definida y coherente para luego analizar sus partes. Por ello, el mero análisis de la norma jurídica aislada no brinda la idea adecuada del orden jurídico en su conjunto y de sus objetivos y propósitos sociales, por lo que la idea de lo que es derecho resultaría incompleta.[3]

En este sentido, el Derecho no es un conjunto de caprichos imperativos o de voluntades arbitrarias del legislador, sino un sistema ordenado que permite tanto el juego de los intereses individuales como de los sociales.

El derecho debe, pues, cumplir con ser el canal que permita el logro de las metas que la sociedad desea obtener, de ahí la necesidad de su

---

3 Fernando de Trazegnies hace una analogía bastante gráfica de lo que significaría analizar en forma aislada a las normas jurídicas con el estudio de un edificio a través de sus ladrillos. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Filosofía del derecho*. Materiales de enseñanza. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1982.

correlación con esta; de lo contrario, el propio derecho será el que obstaculice el desarrollo social. Por ello es que la legalidad necesariamente debe estar acompañada por la legitimidad, la cual es proporcionada por la vigencia o validez social de las normas legales. Por ello, si las normas vigentes son justas y se hallan dirigidas hacia el bien común, tanto su cumplimiento por los particulares como su aplicación por los órganos del poder público realizan plenamente el valor de seguridad jurídica, en todas sus dimensiones; en ese sentido, la efectividad de las reglas ordenadoras engendra un sentimiento de confianza en el orden, en cuyo interior coinciden la vigencia, la justicia y la eficacia.

Entonces un orden es valioso cuando realiza los valores que le dan sentido. A contrario sensu*, en un orden jurídico injusto, la eficacia de las normas tiene un valor negativo (injusticia) y «lejos de inspirar confianza, engendra temor».*[4]

A su vez, el mundo humano, como dice De Trazegnies, no puede ser entendido mecanicistamente, como una estructura predeterminada, donde cada hombre, cada contacto, cada cosa tiene su lugar, es más bien un mundo haciéndose y deshaciéndose bajo los impulsos anárquicos de la libertad y bajo la vocación intrínseca por el orden. En el derecho esa dialéctica se manifiesta en las polaridades interés público e interés privado, derechos del individuo y derechos del Estado, normas imperativas y libertad contractual, justicia y seguridad jurídica.

En un mundo en el que las relaciones humanas, comerciales y jurídicas se encuentran en perpetuo movimiento, en constante creación y renovación, diverso institutos y figuras jurídicos se deben también adaptar, y nuevas formas de apoyo, salvaguarda y —a la vez— contención se

---

4 GARCÍA MAYNES, Eduardo. *Filosofía del derecho.* México D. F.: Porrúa, 1977, p. 479.
Este mismo autor señala que «si una injusticia es impuesta, aun cuando tal imposición se haga en nombre de la seguridad o como garantía de paz, no por ello deja de ser una injusticia. La paz verdadera, la seguridad genuina y el orden estable solo pueden florecer intramuros de un Estado justo. El orden aparente, fundado en el temor, nunca alcanza larga vida. Y cuando la injusticia rebasa ciertos límites, la resistencia se organiza, y a menudo desemboca en la revolución» (*Idem*, p. 481).

deben generar/adecuar, siempre teniendo como paraguas los principios y valores que dan legitimidad y seguridad al sistema como un todo.

Es así que cuando las herramientas jurídicas otorgadas a los individuos para organizarse y realizar sus aspiraciones, proyectos y metas se desnaturalizan y desvían de forma que cruzan los límites para invadir la esfera de los derechos ajenos, que merecen protección, entonces el ordenamiento jurídico debe también estar en aptitud de generar respuestas adecuadas.

2. DISTORSIONES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS. RESPUESTA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y DE LA DOCTRINA FRENTE A ELLAS

Siendo una finalidad esencial del derecho hacer posible la convivencia pacífica de las personas, asegurando el orden y la llamada paz social (lo que recuerda el Título Preliminar del Código Procesal Civil, al indicar que la finalidad del proceso es alcanzar la paz social en justicia), tal fin no puede lograrse sin conservar la justicia en las relaciones jurídicas.

Por ello, el ordenamiento jurídico tiene una serie de salvedades a los usos distorsionados, anómalos y/o antisociales de las instituciones, derechos, figuras o formas legales.

A continuación, enumeraré con una breve referencia a algunas de las figuras más representativas que el sistema jurídico ha debido generar para enfrentar estas distorsiones.

2.1. Simulación

De modo sucinto puede decirse que la simulación es un acto realizado de común acuerdo para aparentar un negocio jurídico, ya sea mediante su fingimiento o su disimulación —bajo otro que figura como real—.

El Código Civil peruano contiene normas expresas que prevén la simulación del acto jurídico, en las que se aprecia el cuestionamiento respecto de los actos «fachada» (el acto jurídico parte de una manifestación de voluntad sana, no viciada ni con finalidades ilegítimas, cuyo destino sea la creación, regulación, modificación o extinción de una relación jurídica), su sanción de invalidez (dependiendo del caso, absoluta o relativa) y la protección a los terceros que confiaron en la apariencia:

> Artículo 190.- «Simulación absoluta
>
> Por la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo».
>
> Artículo 191.- «Simulación relativa
>
> Cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurran los requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de tercero».
>
> Artículo 192.- «Simulación parcial
>
> La norma del artículo 191 es de aplicación cuando en el acto se hace referencia a datos inexactos o interviene interpósita persona».
>
> Artículo 193.- «Acción de nulidad de acto simulado
>
> La acción para solicitar la nulidad del acto simulado puede ser ejercitada por cualquiera de las partes o por el tercero perjudicado, según el caso».
>
> Artículo 194.- «Inoponibilidad de la simulación
>
> La simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente».

2.2. Principio de primacía de la realidad

El «principio de primacía de la realidad», si bien se emplea esencialmente en el ámbito del derecho laboral, tiene como base que lo real y no lo ficticio —creado para dar una apariencia falsa en desmedro de los derechos e intereses de otro— es lo que debe salir a la luz y, en definitiva, prevalecer.

Sobre este principio, el Tribunal Constitucional ha señalado que consiste en que «los hechos prevalecen sobre las formas y apariencias» (STC Exp. n.º 03146-2012-PA/TC).

Al respecto, como ha indicado el profesor Arbulú:

> En tal sentido, la norma conceptúa que en virtud de este principio se debe privilegiar los hechos vinculados sustantivamente con el trabajo sobre los actos formales que difieran de la naturaleza de tales situaciones. Así planteado, el principio de primacía de la realidad tiene como finalidad evitar situaciones de fraude y simulación para evadir la aplicación y garantías de las normas del derecho del trabajo; siendo así, como se ha señalado, una expresión del carácter tuitivo que irradia a todo el derecho del trabajo. […]
>
> Respecto a su contenido y apreciación, este principio supone la existencia de dos verdades que se encuentren en discordancia, una formal o documentaria y otra material, es decir, que surge de la realidad fáctica. Es claro que su aplicación determina el reconocimiento jurídico de la verdad material, prescindiendo de la formalidad manifestada o adoptada por las partes. De este modo, podemos afirmar que este principio es la consagración en materia laboral del conocido aforismo civilista, según el cual «las cosas son lo que su naturaleza y no su denominación determina».[5]

[5] ARBULÚ ALVA, Luis. «La consideración y aplicación del principio de primacía de la realidad en el procedimiento de inspección del trabajo». En *Derecho & Sociedad*, 2005, n.° 24, pp. 232-233.

Citando al profesor Javier Neves Mujica, el mismo autor señala:

> […] en aplicación del principio de primacía de la realidad, «[…] ante cualquier situación en que se produzca una discordancia entre lo que los sujetos dicen que ocurre y lo que efectivamente sucede, el derecho prefiere esto sobre aquello».[6]

Así, el acto de disposición realizado deja de desplegar efectos, pues esta acción obedece a la necesidad de conservar la garantía genérica compuesta por la totalidad del patrimonio del deudor contra actos de disposición que la menoscaben o pongan en peligro, para lo cual el sistema jurídico confiere la posibilidad de volver ineficaces los actos que conlleven o puedan conllevar a tales resultados.

Entonces, se aprecia que esta acción es excepcional, pues limita el derecho de propiedad y de libre disposición que tienen los titulares de cualquier derecho —como principio base del ordenamiento jurídico—. Por ello, las premisas para su procedencia son estrictas, se busca la protección del acreedor contra la posible vulneración de sus derechos de cobro, los mismos que se verían afectados precisamente por causa de los actos de disposición por parte de su deudor.

El legislador, en estos supuestos, ha optado por proteger el crédito, bajo determinadas premisas legales que deben cumplirse en aras de salvaguardar los negocios celebrados legítimamente.

En síntesis, la acción de ineficacia por fraude a acreedores tiene como objeto declarar ineficaz un acto que se supone bajo ciertas premisas que ha tenido como finalidad evadir el cobro de acreencias legítimas.

Esta figura —acción pauliana por fraude a los acreedores— se encuentra regulada en el Código Civil peruano:

---

6 *Idem*, p. 233.

> Artículo 195.- «Acción pauliana
>
> El acreedor, aunque el crédito esté sujeto a condición o a plazo, puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos gratuitos del deudor por los que renuncie a derechos o con los que disminuya su patrimonio conocido y perjudiquen el cobro del crédito. Se presume la existencia de perjuicio cuando del acto del deudor resulta la imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida, o se dificulta la posibilidad de cobro.
>
> Tratándose de acto a título oneroso deben concurrir, además, los siguientes requisitos:
>
> 1. Si el crédito es anterior al acto de disminución patrimonial, que el tercero haya tenido conocimiento del perjuicio a los derechos del acreedor o que, según las circunstancias, haya estado en razonable situación de conocer o de no ignorarlos y el perjuicio eventual de los mismos.
>
> 2. Si el acto cuya ineficacia se solicita fuera anterior al surgimiento del crédito, que el deudor y el tercero lo hubiesen celebrado con el propósito de perjudicar la satisfacción del crédito del futuro acreedor. Se presume dicha intención en el deudor cuando ha dispuesto de bienes de cuya existencia había informado por escrito al futuro acreedor. Se presume la intención del tercero cuando conocía o estaba en aptitud de conocer el futuro crédito y que el deudor carece de otros bienes registrados.
>
> Incumbe al acreedor la prueba sobre la existencia del crédito y, en su caso, la concurrencia de los requisitos indicados en los incisos 1 y 2 de este artículo. Corresponde al deudor y al tercero la carga de la prueba sobre la inexistencia del perjuicio, o sobre la existencia de bienes libres suficientes para garantizar la satisfacción del crédito».

2.4. Autor mediato y autor directo (derecho penal)

En el ámbito penal, se tiene la concepción de la autoría mediata y la autoría directa o inmediata y la coautoría (artículo 23 de este código sustantivo establece las distintas formas de autoría, en los siguientes términos: «el que realiza por sí, o por medio de otro el hecho punible y los

que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción»).

Así, quien usa a otro *de instrumento* del hecho punible, es autor mediato y, por tanto, responde.

2.5. Fraude a la ley

Por la figura del fraude a la ley se burla (conducta voluntaria) la aplicación de una norma imperativa desfavorable obteniendo que otra disposición favorable sea la que se aplique.[7]

Al respecto, el profesor chileno Alcalde señala:

> […] la opinión predominante se inclina por reprimir las figuras de fraude a la ley, con absoluta independencia de que las legislaciones de que se trata carezcan de un precepto legal concreto que lo sancione. Y así, por ejemplo, se ha destacado lo contradictorio que resultaría que la ley tolerara el fraude, pues sería pensar que prohíbe un resultado y que, a la vez, permite alcanzarlo (siempre bien entendido que lo prohibido sea el resultado y no un determinado medio de conseguirlo), sería contradictorio, porque sería pensar que prohíbe la infracción a cara descubierta, y permite que —ya que el fraude es también infracción— la solapada, que es aún más censurable, si cabe.[8]

---

7 Sobre el negocio jurídico en fraude a la ley se ha señalado que las partes «[…] han eludido la aplicación de normas imperativas celebrando un negocio jurídico simulado (aparente o falso). Las partes se han vinculado mediante un negocio jurídico diverso del aparente y por eso mismo tiene efectos entre ellas el negocio jurídico disimulado (verdadero). En tal sentido, las normas imperativas son aplicables al negocio jurídico verdadero (disimulado)» (Cfr. BRAVO CUCCI, Jorge y Rómulo MORALES HERVIAS. «El negocio jurídico en fraude a la ley entre el derecho civil y el derecho tributario: una nueva visión para un viejo problema». En *Tributo & Dogma. Portal de Derecho Tributario*, 12 de noviembre de 2006. Recuperado de <https://tributoydogma.blogspot.com/2006/11/el-negocio-jurdico-en-fraude-la-ley.html>).

8 ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. «Teoría del fraude a la ley». En AA. VV. *Teorías del derecho civil moderno*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad del Desarrollo, 2005.

Como ha señalado el profesor Díez-Picazo:

> En el fraude hay siempre, por una parte, un medio o mecanismo utilizado y, por otra, un fin o un resultado perseguido y conseguido. El medio o mecanismo se presenta, *prima facie*, como un aparato engañoso, como un subterfugio, como un ardid. El resultado final es una frustración, en el sentido antes apuntado, de haber hecho vano algo, de haberlo eludido, o de haber destruido una *spes* que de tal modo resulta fallida. Aplicada esta idea dentro del mundo de los fenómenos jurídicos, aparece, a nuestro juicio, efectivamente claro que el *fraus* es una determinada manera de comportarse frente a los deberes jurídicos que se imponen a las personas. Frente a las reglas de derecho y a los deberes jurídicos puede la persona infringirlos de una manera frontal y paladina. Se produce entonces una evidente contravención de la norma y un acto *contra legem*. El acto fraudulento es una manera de eludir las reglas de derecho, de hacerlas vanas y de sustraerse a ellas no infringiéndolas frontalmente, sino buscando un medio artificioso o un subterfugio.
>
> […]
>
> Como quiera que todo deber jurídico protege intereses y derechos de terceros, en muy buena medida el fraude podrá ser también un medio ilícito de vulnerar y lesionar derechos de terceros, sin caer en una contravención frontal o directa.
>
> […]
>
> Giorgiani ha señalado con acierto, que históricamente el problema del *fraus legis* se ha presentado como un problema de límites entre el derecho que tiene todo particular a servirse de formas negociales que no están expresamente prohibidas o a realizar actos jurídicos que no están expresamente vetados y la privación de tal derecho cuando su ejercicio constituye un medio para eludir disposiciones contenidas en normas imperativas. De aquí se puede extraer, a mi juicio, la conclusión provisional que el *fraus legis* opera ante todo cuando el individuo actúa negocialmente (negocio en fraude de la ley) y, por extensión, cuando actúa en un campo

> en que el ordenamiento jurídico le reconoce libertad para constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas.[9]

Claramente, se aprecia que esta figura —el fraude a la ley—, así como, en general, todas las que apuntan a desvelar una realidad oculta o una distorsión, y corregirla, deriva de modo directo del principio de la buena fe.

2.6. Actos propios

Las vulneraciones al principio de buena fe pueden estructurarse de diversas formas y a ellas corresponden las consecuentes respuestas jurídicas que las califican y enfrentan. En esa línea se tiene también a la doctrina de los actos propios.

Sobre lo que en doctrina se conoce como *actos propios*, puede decirse que consiste en «el proceder de un sujeto que objetivamente crea confianza en otros sobre que mantendrá ese comportamiento; de forma tal que viene a constituir una suerte de promesa de una futura actuación coherente con un acto que ya se ha realizado»,[10] y se deriva directamente del principio de la buena fe, de la doctrina de la apariencia y, como tal, integrante de nuestro derecho positivo.[11]

El profesor Alsina define a la doctrina de los actos propios:

> Se reduce a que, quien, mediante cierta conducta, positiva o negativa, infunde o crea en otra persona, la confianza fundada de que aquel man-

---

9 DÍEZ-PICAZO, Luis. «El abuso del derecho y el fraude de la ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil español y el problema de sus recíprocas relaciones. En *Ius Et Veritas*, 1992, n.° 5.

10 TRIGO REPRESAS, Félix. «Prólogo». En LÓPEZ, Marcelo. *La doctrina de los actos propios en la jurisprudencia*. Buenos Aires: Ediciones Desalma, 1997, p. X.

11 El artículo 168 del Código Civil establece que el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe. Asimismo, el artículo 1362 del mismo cuerpo legal señala que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

> tendrá su comportamiento en lo sucesivo deberá, sí, mantenerlo efectivamente, aunque en su fuero interno hubiere abrigado otro propósito en realidad.[12]

En síntesis, la doctrina de los actos propios protege la confianza generada en la parte receptora de la primera conducta: no es admisible que un individuo actúe unas veces en un sentido y otras en otro, afirme ciertos hechos en una situación y luego los niegue, simplemente por razones de mera conveniencia.

En ese sentido, esta *doctrina* opera en aquellos casos donde la incoherencia en el actuar adquiere connotaciones jurídicas y constituye una falta contra la buena fe (en última instancia la teoría sanciona la mala fe).

Dicho en forma sumaria, la prohibición de marchar contra comportamientos anteriores es una derivación directa de la buena fe.[13]

2.7. Abuso del derecho

El ejercicio abusivo del derecho ha sido contemplado en nuestra normativa, proscribiéndolo en forma expresa y contundente, como fluye del

---

12 Citado por BORDA, Alejandro. *La teoría de los actos propios*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, p. 41.

13 «La doctrina de los "actos propios" guarda correspondencia con el postulado de la buena fe en cuanto el ordenamiento jurídico impone a los sujetos el deber de proceder, tanto en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas como en la celebración y ejecución de los negocios jurídicos con rectitud y honradez, de forma que es inadmisible que un litigante pretenda fundamentar su accionar aportando hechos y razones de derecho que contravengan sus propios actos, es decir, que asuma una actitud que lo venga a colocar en contradicción con su anterior conducta» (Cap. Tandil, causa 10113, 24/10/1991, Libertini, José Luis, c. Eleno, Ricardo, y otro, s. cumplimiento de contrato, en LÓPEZ, Marcelo. *La doctrina de los actos propios en la jurisprudencia*. Buenos Aires: Ediciones Desalma, 1997, p. 77).

artículo 103 de la Constitución Política[14] y del artículo II del Título Preliminar del Código Civil.[15]

El abuso del derecho se configura cuando la persona encuentra una situación acotada por el ordenamiento jurídico como «derecho»[16] y la utiliza o ejerce de modo anormal, lo que puede amenazar o dañar un interés ajeno.

El profesor español Díez-Picazo, analizando las figuras del fraude a la ley y el abuso del derecho que guardan similitudes, pero que se distinguen, ha señalado lo siguiente:

> A mi juicio, no cabe la menor duda de que entre el abuso del derecho y el fraude de la ley existe por lo menos un elemento común que es la desviación que se trata de conseguir respecto de las líneas marcadas por el ordenamiento jurídico. Haciendo completa abstracción de los elementos intencionales, de los que, tanto una como otra institución pudieran aparecer cargadas en un primer momento, la característica común de ellas en el momento actual parece estribar en el repudio o el rechazo de la obtención o del intento de obtención de un resultado contrario al ordenamiento jurídico positivo, que busca, sin embargo, su apoyo o su cobertura en el propio ordenamiento.
>
> […]
>
> Se trata de ir cerrando el sistema para repudiar, como decía, no solo las contravenciones, sino las formas más sutiles de infracción que puedan

---

14 Artículo 103.- «Leyes especiales, irretroactividad, derogación y abuso del derecho
Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga solo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. La Constitución no ampara el abuso del derecho».

15 Artículo II.- «Ejercicio abusivo del derecho
La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso».

16 DÍEZ-PICAZO, Luis. *Op. cit.*

> pretender tener amparo en el ordenamiento. Ello es claro, por definición, en el fraude de la ley. Pero es claro también en el abuso del derecho, en el que lo que se trata de obtener es un resultado antijurídico, con el apoyo normativo o cobertura que significan las leyes de otorgamiento y de atribución de aquellas prerrogativas en que el derecho subjetivo consiste y de las reglas que señalan un contenido a ese derecho.[17]

Por su parte, el maestro Carlos Fernández Sessarego enseña:

> El sustento jurídico para no amparar acciones descritas como actos abusivos estaría dado, en el más amplio nivel, por la buena fe, la equidad, la finalidad económico-social de las instituciones jurídicas, por los valores éticos, en general, y por la solidaridad, en especial.
>
> La superación de los límites impuestos por tales principios y valores supone que el titular del derecho lo está usando —o no usando— de una manera irregular, anormal, lo que puede significar una amenaza o, de hecho, un perjuicio a un interés ajeno no tutelado por una expresa norma jurídica […] el fenómeno jurídico conocido como «abuso del derecho» consiste en una conducta que, sustentándose en un derecho subjetivo, se convierte en ilícito atípico al transgredir en su ejercicio, o mediante su omisión, un genérico deber jurídico que cristaliza el valor solidaridad. No es elemento necesario para la caracterización del abuso del derecho, la intencionalidad y el daño.[18]

2.8. Nulidad de cosa juzgada fraudulenta[19]

La Constitución peruana establece en su artículo 139 los principios y derechos de la función jurisdiccional, precisando en el inciso 2 que «Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juz-

---

17 *Ibidem*.

18 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Abuso del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1992, pp. 179-180.

19 He trabajado este tema en: JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. «Algunas reflexiones acerca del proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta». En: *Derecho & Cambio Social*, 2007, n.º 11, año 4.

gada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución»; asimismo, el inciso 13 del mismo numeral establece la «prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada».

Esta disposición consagra y protege el principio de la cosa juzgada, así como los correspondientes a la seguridad jurídica y a la tutela jurisdiccional efectiva.

La inmutabilidad de la cosa juzgada es una garantía constitucional en nuestro ordenamiento jurídico. Esta protección se basa en el derecho de toda persona de que las resoluciones judiciales sean ejecutadas o alcancen su plena eficacia en los propios términos en que fueron dictadas, respetando la firmeza e intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas, base de la paz y seguridad jurídica. La sentencia que ha quedado firme contiene, en principio, las características de inimpugnabilidad, inmutabilidad y coercibilidad.

Históricamente, ha habido una evolución en cuanto a la inmutabilidad e irrefutabilidad de las sentencias firmes, de una posición extrema en cuanto a la certeza y seguridad jurídica, por la que en aras de preservar dichos valores se dejaba de lado la justicia y hasta el sentido común,[20] se presentó una posición extrema en sentido opuesto.[21] Generalmente, se

---

20 De ahí la conocida frase de Carnelutti: «El juez se había equivocado, pero su equivocación es irrelevante porque el juez según la ley no puede equivocarse», o la de Scaccia: «La cosa juzgada hace de lo blanco negro; origina y crea las cosas; transforma lo cuadrado en redondo; altera los lazos de sangre y cambia lo falso en verdadero». Refiriéndose a esto último, en su *Elogio a los jueces*, Calamandrei comentó: «El aforismo tan estudiado por los doctores […] hace hoy sonreír; sin embargo, pensándolo bien, debería hacer temblar» (p. 10).

21 Por ejemplo, en la Alemania nazi de 1941, donde el fiscal de Tercer Reich podía solicitar la reapertura de una causa fenecida con solo sostener que existían motivos racionales contra la justicia de la sentencia, por razón de los hechos o el derecho, o si estimaba que el nuevo juicio y resolución estaban exigidos por la importancia que el fallo tenía para la comunidad popular. Cfr. PEYRANO, Jorge y Julio CHIAPPINI. *El proceso atípico*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984, segunda parte, citados por ARRARTE ARRISNABARRETA, Ana María. «Alcances sobre la nulidad de cosa juzgada fraudulenta». En TICONA POSTIGO, Víctor (compilador). *El debido proceso y la demanda civil*. Lima: Rodhas, 1999, tomo II, segunda edición, p. 216.

ha considerado que es —o ha sido— esta una de las tantas luchas entre seguridad jurídica[22] y justicia como valores siempre en continua tensión, lo que no necesariamente es compartido hoy en día, por cuanto ambos valores no han de ser excluidos, sino ser armonizados,[23] ya que un sistema que admite la injusticia está destinado a quebrarse, de igual forma que un sistema que no proporcione certeza.

Es por ello que el proceso, conforme a su evolución y quedando claro que es un medio y no un fin, es percibido como instrumento de resguardo al derecho al debido proceso. «Donde hay indefensión hay nulidad; si no hay indefensión, no hay nulidad», es una frase de Alsina[24] que refleja el espíritu de tal desarrollo. No aceptar la posibilidad de cuestionar la cosa juzgada cuando esta se funda en un fraude, cuando ha habido una violación al debido proceso, significaría que la justicia es solo cuestión de suerte o coincidencia.

El proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta se encuentra regulado en el artículo 178 del Código procesal Civil:

---

22 El ser humano siempre ha requerido conocer con la mayor precisión posible qué acciones de otros hombres pueden interferir con él y qué acciones suyas pueden incidir en los otros, lo que deriva de una de las características de la condición humana que es saber a qué atenerse. Como señalaba Recasens Siches: «No solo requiere saber a qué atenerse sobre lo que debe ocurrir, sino necesita también saber que esto ocurrirá necesariamente; esto es, precisa de *certeza* sobre las relaciones sociales, pero además de la seguridad de que la regla se cumplirá, de que estará poderosamente garantizada» (RECASENS SICHES, Luis. *Op. cit.*, p. 210).

23 Respecto a la posibilidad de invalidación de fallos firmes viciados en la que sustentará su tesis de inmutabilidad relativa de la cosa juzgada, Hitters señala: «Desde la vertiente axiológica, la mira apunta a dos valores fundamentales del plexo jurídico como sin duda lo son la *justicia* y la *seguridad*, ya que la revisión impone la exaltación del primero sacrificando el segundo, particularmente para aquellos que consideran que en esta problemática ambos valores se ponen en pugna. Nosotros nos hemos preguntado antes de ahora […] si en puridad de verdad la justicia y la seguridad son campos antagónicos, llegando a la conclusión que en el proceso de revisión es preciso balancear equilibradamente ambos valores, para llegar a una solución armoniosa» (HITTERS, Juan Carlos. «Revisión de la cosa juzgada. Su estado actual». En *Revista Peruana de Derecho Procesal*, diciembre 2001, tomo IV, p. 90).

24 ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Buenos Aires: Ediar, 1963, tomo I, segunda edición, p. 652.

> Artículo 178.- «Nulidad de cosa juzgada fraudulenta
>
> Hasta dentro de seis meses de ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada, si no fuere ejecutable, puede demandarse a través de un proceso de conocimiento la nulidad de una sentencia o la del acuerdo de las partes homologado por el Juez que pone fin al proceso, alegando que el proceso que se origina ha sido seguido con fraude, o colusión, afectando el derecho a un debido proceso, cometido por una, o por ambas partes, o por el juez o por este y aquellas.
>
> Puede demandar la nulidad la parte o el tercero ajeno al proceso que se considere directamente agraviado por la sentencia, de acuerdo a los principios exigidos en este Título.
>
> En este proceso solo se pueden conceder medidas cautelares inscribibles.
>
> Si la decisión fuese anulada, se repondrán las cosas al estado que corresponda. Sin embargo, la nulidad no afectará a terceros de buena fe y a título oneroso.
>
> Si la demanda no fuera amparada, el demandante pagará las costas y costos doblados y una multa no menor de veinte unidades de referencia procesal».

Este proceso constituye en nuestro sistema procesal un remedio excepcional, de naturaleza residual y extraordinaria, que permite efectuar un nuevo examen de la sentencia definitiva —en realidad, del proceso entero—, esto es, la que adquirió la autoridad de cosa juzgada, obtenida con base en un engaño o una simulación que agravie a tal punto el espíritu de justicia que mantener la cosa juzgada sería una aberración.[25]

Un requisito de procedencia para este remedio excepcional, conforme se desprende del artículo 178 del Código Procesal Civil, que el

[25] ARRARTE ARRISNABARRETA, Ana María. «Alcances sobre la nulidad de cosa juzgada fraudulenta». En *Ius Et Veritas*, 1996, n.º 13, vol. 7, pp. 173-184. Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15568>.

acto alegado como viciado haya provenido de una conducta procesal fraudulenta o colusiva, que afecte el derecho al debido proceso de una de las partes, y que haya sido determinante para la expedición de la sentencia, no existiendo oportunidad de cuestionarlo mediante los recursos ordinarios internos del proceso respectivo.

Así, el fraude procesal persigue un fin ilícito, el cual consiste en la obtención de una sentencia en apariencia legal, pero contraria a derecho e injusta, que generalmente tiene consecuencias específicas, de aprovechamiento o beneficio ilegal e inmoral, en perjuicio de la otra parte o de terceros. En síntesis, el fallo materia de cuestionamiento deber ser producto de dicha conducta fraudulenta, sin la cual la decisión hubiere sido diferente.

2.9. Interpretación del acto jurídico

Todo debe interpretarse: los actos jurídicos y las leyes. Las normas sobre interpretación contenidas en el Código Civil no son máximas cuyo empleo quede al libre criterio del intérprete, debe partirse por ser conscientes de que cada cual tiene es su propia percepción, idea o perspectiva sobre lo que observa o analiza y, de ese modo, todo análisis regresa bajo la forma de una nueva idea respecto de la idea anterior (o una reafirmación de aquella idea), «de modo que solo comparamos ideas con ideas».[26] Esto es acaso más delicado si se trata de realizar una interpretación respecto de una reglamentación de intereses ajenos creada por las propias partes interesadas.

Si quien tiene a su cargo la tarea de interpretación a fin de arribar a una solución definitiva (juez o árbitro) pudiese emplear los métodos, criterios, sesgos, categorías etc., que le parezcan adecuadas de acuerdo a

[26] DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «La verdad construida. Algunas reflexiones heterodoxas sobre la interpretación legal». En SOTO COAGUILA, Carlos (director). *Tratado de la interpretación del contrato*. Lima: Grijley - Universidad Externado de Colombia - Rubinzal-Culzoni Editores, 2007, tomo III, p. 1604.

su personal opinión, habría un riesgo real de que se altere o reescriba el contrato fuera de su contorno, fuera de lo que las partes han construido. Por eso, las normas sobre interpretación confieren una seguridad, una estabilidad, que resulta no solo útil, sino necesaria. Son parámetros conocidos por todos de antemano, para quien deba realizar la interpretación, y su empleo parte de la búsqueda de la voluntad contractual y también confiere seguridad jurídica.

Es así que lo que se persigue es la verdad de lo que las partes quisieron decir, y la necesidad de haber establecido reglas fue, precisamente, evitar que el intérprete se aleje de esa realidad y la tergiverse.

Las referidas reglas son las siguientes:

> Artículo 168.- «El acto jurídico *debe ser interpretado* de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe».
>
> Artículo 169.- «Las cláusulas de los actos jurídico *se interpretan* las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas».
>
> Artículo 170.- «Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto».
>
> Artículo 1361.- «Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla».

Las reglas de interpretación son obligatorias para el intérprete, particularmente si es un tercero (juez, árbitro o experto informante), como también para cada una de las partes, vista individualmente. Ahora bien, si se trata de ambas partes, estas pueden, salvo si se afecta a terceros, realizar interpretaciones de acuerdo a pautas propias que acuerden, esto es, de acuerdo a su voluntad común, por cuanto ellas siempre tuvieron en su poder de decisión el diseño de su contrato (dejando de lado, para

efectos de este trabajo, la llamada «interpretación auténtica», siendo discutible si se trata en realidad de una interpretación).

En síntesis, la idea es que no se extraiga un texto del contexto: lo que se ha expresado en el acto o negocio jurídico es, a la vez, el conjunto del mismo, lo que incluye todas las cláusulas, y todo ello bajo el principio de la buena fe, que se puede resumir en el deber de las partes de actuar no solo con claridad, sino con congruencia frente a la otra.

2.10. Reflexiones finales sobre figuras en las que los principios del derecho y la buena fe intervienen para reconducir las distorsiones

La ausencia de buena fe en el ejercicio de un derecho puede conducir a convertir dicha forma de ejercicio en una irregular, de carácter ilícito —entendido esto como antijurídico, contrario a los parámetros y valores que inspiran a nuestro ordenamiento jurídico— y susceptible, además, de causar daño.

El ordenamiento jurídico tiene como finalidad brindar cobertura a las necesidades de una sociedad, manteniendo como fin mayor a la persona humana: permitirle vivir en libertad, seguridad, orden, justicia. Sobre la coexistencia humana y el derecho debe tenerse presente que la persona humana no está dotada de derechos absolutos, sino que se halla en relación coexistencial con los demás, por lo que el ejercicio de un derecho subjetivo debe tener en cuenta el interés de los otros.[27] Por ello, la ley debe regular la conducta humana no solo a partir de una visión exclusivamente individualista, sino considerando conductas compartidas, actividades humanas socializadas.

---

27 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Op. cit.*, p. 59.

Es pertinente recordar el artículo 1971.1 del Código Civil, que señala que no hay responsabilidad en caso del ejercicio regular de un derecho, por lo que, *a contrario sensu*, hay responsabilidad en su ejercicio irregular si se causa daño a otro. Esta puede considerarse la gran norma paraguas.

En efecto, ciertos hechos aparentemente constituyen la objetiva realización de un derecho de manera lícita, pero analizados desde un punto de vista substancial, no resultan enmarcados en el esquema de licitud. Por ello, cuando a partir de un derecho subjetivo que es actuado u omitido de modo antisocial se transgrede un deber jurídico genérico, que agravia o puede agraviar a otro, se convierte en un acto ilícito sui géneris (sancionado por el Código Civil y la Constitución). Por ello, los derechos subjetivos no son absolutos, su ejercicio no debe estar garantizado en todas las alternativas posibles.

En suma, todo titular de un derecho subjetivo no puede ejercerlo a su total arbitrio y con más razón si con ello perjudica a los demás; de lo contrario, se ingresaría al campo del abuso del derecho, regulado en la Constitución y en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil: «La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho […]». Este artículo no solo recoge un principio general del derecho, sino que constituye un mandato imperativo de que no hay derechos absolutos y de que estos tienen sus límites.

3. LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD (VELO SOCIETARIO). ¿DERECHO ABSOLUTO?

Siendo las sociedades organizaciones de personas (naturales y/o jurídicas) que se agrupan para la realización de actividades económicas, creando para ello una persona jurídica con personalidad jurídica propia y capacidad para actuar como sujeto de derecho, el desempeño de sus

órganos internos[28] es crucial, pues por medio de ellos «vive la sociedad», decidiendo y actuando en su interés y representación[29] frente a todos (accionistas, terceros y Estado).

Como sabemos, de la sociedad —creada de acuerdo al ordenamiento— surgen dos centros de imputación de derechos y deberes distintos: (i) el de la persona jurídica y (ii) el de los miembros que la integran, considerados individualmente. Si bien muchas veces se realizan actos de abuso al amparo de la distinción entre la persona jurídica y sus integrantes, lo que amerita, en tales casos, apreciar la realidad y no la ficción creada, la regla general es el respeto de dicha dualidad.

En esa línea, la persona jurídica goza de capacidad jurídica al ser centro de imputación de derechos y deberes, y ejercita tales derechos y obligaciones (por tanto, responde) a través de sus órganos.

Esto es de gran importancia debido a que constituye una salvedad a la atribución de personalidad jurídica a la sociedad anónima, que es la separación entre esta y sus socios, y que deviene en la irresponsabilidad de estos sobre las deudas sociales.

Es así que en cuanto una sociedad anónima se encuentra constituida obtiene la categoría de sujeto de derecho independientes de sus «creadores» y, en general, de los miembros que la integren de ahí en adelante (accionistas), por lo que estos no responderán personalmente ni con sus propios bienes de las deudas sociales frente a terceros, circunscribiéndose la responsabilidad a los bienes y patrimonio de la sociedad.

---

28 En los órganos o unidades funcionales de las sociedades es donde se forma su voluntad en forma válida (como, por ejemplo, la junto general de accionistas o el directorio). Aquí se produce la figura del ensimismamiento: cuando se trata con el titular del órgano es como si se tratara directamente con la sociedad.

29 Para que la sociedad se relacione y exprese su voluntad externamente requiere de representantes que actúen en su nombre y sustenten su actuación en una decisión previa del órgano competente.

Esto se encuentra claramente establecido en la Ley General de Sociedades peruana:

> Artículo 6.- «Personalidad jurídica
>
> La sociedad adquiere personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro y la mantiene hasta que se inscribe su extinción».
>
> Artículo 31.- «El patrimonio social
>
> El patrimonio social responde por las obligaciones de la sociedad, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los socios en aquellas formas societarias que así lo contemplan».
>
> Artículo 51.- «Capital y responsabilidad de los socios
>
> En la sociedad anónima el capital está representado por acciones nominativas y se integra por aportes de los accionistas, quienes no responden personalmente de las deudas sociales. No se admite el aporte de servicios en la sociedad anónima».

La noción de la persona jurídica como ficción se encuentra también establecida en el Código Civil (artículo 78: «La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de estos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas»).

La sociedad es una ficción, una entelequia,[30] siendo esta una creación jurídica cuya finalidad es dar seguridad a las inversiones y al riesgo que estas conllevan. Es el fundamento del derecho societario.

De ahí es pertinente formularse algunas interrogantes: ¿si se desnaturaliza la razón de ser, la finalidad por la que se creó esta ficción, esta

[30] La entelequia se entiende como algo ideal y perfecto, pero irreal o inalcanzable. Se relaciona con utopía, fantasía, quimera.

entelequia? ¿Si se emplea como un muro de impunidad para fines distorsionados, ilegítimos, que además dañen a terceros?

Sin duda, no existen derechos absolutos ni derechos que puedan ejercerse de manera abusiva, antisocial. No hay zonas francas o de exención de control o de limitaciones al ejercicio de los derechos que se confieren.

Aquí resulta de interés hacer mención la limitación de los derechos más sagrados: los derechos fundamentales.

En esa línea, es pertinente hacer referencia al Tribunal Constitucional peruano al respecto, en el interesante trabajo del profesor Castillo Córdova:[31]

> Y es que, dentro de la doctrina del Tribunal Constitucional pueden distinguirse dos tipos de límites en los derechos constitucionales.
>
> Primero, los «límites inmanentes a su ejercicio, esto es, derivados de la propia naturaleza del derecho» (Exp. 0010-2002-AI/TC).
>
> Segundo, los límites que pueden ser denominados como límites externos que vendrían exigidos por la necesidad de su ejercicio armonioso con otros derechos o bienes constitucionales. Con otras palabras, los límites a los que se puede someter un derecho constitucional «pueden ser intrínsecos o extrínsecos.
>
> Los primeros son aquellos que se deducen de la naturaleza y configuración del derecho en cuestión.
>
> Los segundos, los límites extrínsecos, son aquellos que se deducen del ordenamiento jurídico, cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de proteger o preservar otros bienes, valores o derechos constitucionales» (Exp. 1081-2002-HC/TC).

31 CASTILLO CÓRDOVA, Luis. «Conflictos entre derechos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En *Revista Peruana de Jurisprudencia*, 2005, vol. 51, p. 5.

> Por tanto, se reconocen dos tipos de límites en el contenido de los derechos constitucionales: los límites inmanentes o límites intrínsecos y los límites extrínsecos.
>
> Dentro de la concepción del contenido esencial y no esencial de los derechos constitucionales que tiene el Tribunal Constitucional se puede concluir que los límites inmanentes o intrínsecos vendrían a constituir la frontera interna o inmanente o natural que define el contenido esencial del derecho, su núcleo básico, y que no podrían ser trasgredidos porque desnaturalizaría el derecho mismo. Mientras que los límites externos o extrínsecos serían el producto de las restricciones a las que se sometería el contenido no esencial del derecho y que son formulados por una necesidad fáctica no jurídica: la convivencia humana, que supone el ejercicio armónico de los derechos de todas las personas. Estos últimos límites serán legítimos «siempre que con ellos no se afecte su contenido esencial o, en su caso, los principios de razonabilidad y proporcionalidad» (Exp. 0010-2002-AI/TC).

Ciertamente, si hasta los derechos del nivel de mayor protección tienen límites (su frontera más custodiada es, claro está, la de los derechos de los demás), resulta —diríase de Perogrullo— que, en general, todo el sistema de derechos de todo orden se encuentra diseñado dentro de un esquema de vida en sociedad.

Por eso es de gran importancia mirar con atención la limitación de responsabilidad de los integrantes —o comandantes— de las sociedades, a fin de verificar —y descartar— si esta se entiende, en todo supuesto, como intangible, o, como resulta consustancial a todo derecho, si tiene determinados límites enmarcados en ciertas situaciones que deben ser evaluadas en función a las circunstancias particulares.

La respuesta cae por sí sola. La prerrogativa de la limitación de responsabilidad que el ordenamiento jurídico confiere a las sociedades y sus socios no es ni puede ser absoluta, sino que se encuentra condicionada al cumplimiento de su objeto, finalidad y función, así como a su

actuación y conducción y actuación conforme a la buena fe (aquí se encuentra con los derechos de terceros).

4. TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO

La teoría del levantamiento de velo societario, o *disregard of the legal entity*, es, como ha señalado cierta doctrina, «una técnica judicial que busca corregir y sancionar aquellos actos en los que se ha utilizado fraudulentamente la responsabilidad limitada que otorga la personalidad jurídica».[32]

En efecto, «rasgar el velo societario» significa «tomar en cuenta las relaciones que existen detrás de la forma de persona jurídica independiente que ostenta la sociedad directamente contratante».[33] Dicho de otro modo, lo que se busca es «evitar que, detrás de un formalismo jurídico que cumple un papel de escudo, se desarrollen actividades que perjudican a ciertos accionistas de la sociedad *o a terceros vinculados con algún tipo de contrato*».[34]

La ficción de la personalidad jurídica de la sociedad también es muchas veces empleada «para generar situaciones de abuso de derecho y fraude. Frente a ello, las prácticas judiciales desde sistemas como el anglosajón encontraron una salida: destruir esta ficción en casos concretos. Dicha técnica, denominada el levantamiento del velo societario, ha sido importada a sistemas como el nuestro y se ha venido aplicando en distintas ramas».[35]

---

32 MISPIRETA GÁLVEZ, Carlos Alberto. «El allanamiento de la personalidad jurídica o levantamiento del velo societario». En *Tratado de derecho mercantil*. Lima: Gaceta Jurídica., 2005, tomo I: Derecho societario, segunda edición, p. 100.

33 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «El rasgado del velo societario dentro del arbitraje». En *Ius Et Veritas*, 2004, n.º 29, vol. 14, Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11485>, p. 12.

34 *Ibidem*.

35 HERNÁNDEZ, Christian. «El levantamiento del velo societario en el Perú: situaciones de aplicación». En *Ius 360°*, 17 de enero de 2020. Recuperado de <https://ius360.com/el-levantamiento-del-velo-societario-en-el-peru-situaciones-de-aplicacion/>.

Asimismo, se ha señalado que la doctrina del levantamiento del velo tiene como finalidad *desescudar* a quienes se encuentran detrás el formalismo jurídico de la sociedad, por haber hecho daño a terceros, debiendo tenerse en cuenta las actuaciones de buena fe.[36]

> Así también se desarrolla en el derecho americano el concepto en palabras de Mauricio Bello: «[…] is an equitable remedy where a court may disregard the separate existence of an insolvent corporation for the purpose of imposing liability upon its shareholders for corporate indebtedness [es un remedio equitativo donde un tribunal puede ignorar la existencia separada de una sociedad insolvente para el propósito de imponer responsabilidad a sus accionistas por los daños y perjuicios causados] (2008:618).
>
> No queda duda de que la aplicación de esta doctrina implica destruir la ficción jurídica otorgada por la ley para perseguir a las personas que están detrás de las personas jurídicas».[37]

El levantamiento del velo societario puede ser analizado en diferentes supuestos, como cuando los activos de la compañía se encuentran representados de manera incorrecta en los estados financieros para el momento en el que suscriben las obligaciones, o cuando el reconocimiento de la personalidad jurídica independiente viola el orden público o tiene el efecto de proteger a alguien de responsabilidad criminal.

Asimismo, es posible analizar situaciones como el incumplimiento de formalidades societarias; inadecuada capitalización; confusión de patrimonios; superposición de dueños, directores y personal; el grado de discrecionalidad que muestra la sociedad controlante; el funcionamiento como unidades de negocios o de ganancias conjuntas y el establecimiento de garantías por parte de la controlante respecto a deudas de la subsidiaría.

---

36 *Ibidem*.

37 *Ibidem*.

En la misma línea, en la doctrina peruana se ha señalado entre los supuestos para la aplicación del levantamiento de velo societario el consistente en lo siguiente: «cuando se detecta un control pleno de la sociedad, por otra entidad, empresa o alguno de sus miembros, socios o titulares, de manera tal que su autonomía jurídica no tuviera realidad significativa».[38]

Si bien toda persona jurídica cuenta con una barrera legal que es la limitación de responsabilidad civil frente a terceros, ella no puede ser aprovechada para hacer un uso indebido de la persona jurídica o cometer fraude a la ley. En esos supuestos, corresponderá la aplicación del levantamiento de velo societario.

Así, por ejemplo, en el derecho comparado, se tiene la Sentencia Civil n.º 271/2011, AP-Barcelona, Sec. 15, Rec 16/2011, 21/06/2011, en la que se indica cuándo es conveniente acudir al levantamiento del velo:

> En la STS de 9 de noviembre de 1998, se recuerda la consolidada doctrina de esta Sala acerca de la teoría del levantamiento del velo de la persona jurídica, con arreglo a la cual , *en cierto casos, y circunstancias es permisible penetrar en el substratum personal de las entidades o sociedades a las que la Ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que, al socaire de esa ficción o forma legal —de respeto obligado, por supuesto—, se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos , o bien ser utilizada como vehículo de fraude*.
>
> Y la STS de 17 de octubre de 2000 insiste en que *la doctrina del levantamiento de velo se aplica, «cuando consta probado que la sociedad, en cuestión, carece de funcionamiento real e independiente respecto de la otra persona que la controla, con lo que se convierte en simple instrumento de otra u otros para actuar en el tráfico mercantil sin voluntad , ni personalidad propia»*, reiterando la Sentencia que «la citada doctrina jurisprudencial tiene aplicación limitada, pues lo normal es el obligado respeto a la forma legal, aunque excepcionalmente, cuando

[38] HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. «Las personas jurídicas con fin económico». En *Ius Et Veritas*, 2001, n.º 22, p. 135.

> se evidencia que la forma esconde una ficción, quepa penetrar en sustrato personal de dichas entidades o sociedades, para evitar el perjuicio a terceros y su utilización como vehículo de fraude».

Entonces, si bien son variados los supuestos a los que se aplica el levantamiento de velo, todos presentan un denominador común, como es el ánimo defraudatorio de ampararse en la apariencia formal que ofrece el ente societario para perjudicar los intereses ajenos.

Uno de dichos supuestos es aquel en el que detrás de la personalidad jurídica existe un cerebro de la operación (que puede ser una persona natural u otra compañía) que la controla: estos pueden ser los *grupos económicos*.

4.1. Control de una empresa respecto de sus filiales

Como he señalado, es posible perforar el velo societario cuando una empresa o compañía domina o controla a sus filiales, subsidiarias u otras empresas, mas no en forma irrestricta por cierto, sino cuando se suman determinados elementos adicionales.

Esto (presencia de empresas vinculadas que formen parte de un mismo *grupo económico*) ha sido denominado por la doctrina como un requisito objetivo para la aplicación del levantamiento del velo.

Sobre el particular, resulta de interés apreciar los supuestos en que se colocan los jueces americanos:

> Charles Jimerson plantea cinco situaciones en torno a esto; aquí expondremos las tres principales: «the existence of fraud, wrongdoing, or injusticeto third parties, the failure to mantain the separate identities of the companies and the failure to maintain separate identities of the company and its owner or shareholders (2016:1) (cita a Charles B. Jimerson «The five most common ways to pierce the corporate veil and impose personal liability for corporate debts»).

> En primer lugar, se encuentra como supuesto la existencia de fraude, maldad o injusticia hacia terceros. El clásico ejemplo que se coloca aquí es el de una empresa que, al encontrarse sin fondos, pasa todos sus activos hacia otra empresa para continuar haciendo, en la realidad, las mismas actividades a las cuales se dedicaba en un principio. Este es un clásico ejemplo de fraude.
>
> En segundo lugar, Charles Jimerson comenta que podría producirse fraude a partir de empresas que funcionan con afiliadas; por lo que el levantamiento de velo corporativo perseguiría a la matriz directamente.
>
> En tercer lugar, podría ocurrir lo que acabamos de mencionar, pero entre los propietarios o accionistas de la empresa. Lo que sucede aquí es que en el uso cotidiano sucede que no se distinguen los patrimonios; es decir, se mezclan los activos de la compañía como si fueran individuales.[39]

4.2. Grupo económico

Al respecto, es conveniente recordar que un *grupo económico* es un conjunto de empresas que están sujetas al control de una misma persona o de un mismo conjunto de personas.

En ese sentido, la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP, en el artículo 8 de las Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico (Resolución SBS n.º 5780-2015), establece que:

> Entiéndase por grupo económico al conjunto de personas jurídicas y/o entes jurídicos, nacionales o extranjeros, conformado al menos por dos integrantes, cuando alguno de ellos ejerce control sobre el otro u otros, o cuando el control sobre las personas jurídicas y/o entes jurídicos corresponde a una o varias personas naturales que actúan de manera conjunta como una unidad de decisión.

[39] HERNÁNDEZ, Christian. *Op. cit.*

De allí que cuando, indistintamente de la identidad jurídica separada de cada uno de sus miembros, un grupo económico (o grupo de sociedades) constituye una misma realidad económica, el contrato suscrito por alguna de las sociedades del grupo económico puede obligar a las otras sociedades por su rol en la negociación, celebración, ejecución y terminación del contrato.

Como ejemplos de extensión de alcances jurídicos a grupos de sociedades en sede arbitral como judicial se tienen, a modo de ejemplo, los siguientes:[40]

> En el laudo dictado en el caso CCI Nº 5103 el tribunal arbitral, luego de analizar las circunstancias del caso, sostuvo que «se cumplen las condiciones que llevan a reconocer la unidad del grupo económico, ya que todas las sociedades que lo componen tienen la misma participación, tanto real como aparente, en una relación contractual internacional compleja, en la cual los intereses del grupo prevalecen por sobre el de cada una de ellas. La seguridad de las relaciones económicas internacionales exige que se tome en cuenta esa realidad económica y que todas las sociedades del grupo respondan conjunta y solidariamente por las deudas de las que ellas, directa o indirectamente, sacaron provecho». (*Collection of ICC Awards, 1986-1990, ed. Kluwer*, p. 361 y siguientes.).
>
> […]
>
> […] en el caso «Elf Aquitaine c. Grupo Orri», la Corte sostuvo la validez del laudo que había declarado personalmente sujeto a la cláusula arbitral al controlante de varias empresas (el Señor Mohamed Abdul Rahman Orri) al haberse acreditado que los negocios eran realizados a través de varias sociedades, todas ellas controladas por el Sr. Orri. Dijo la Corte que, de acuerdo con los usos y costumbres del comercio internacional, la cláusula compromisoria incluida en un contrato internacional puede extenderse a las partes directamente involucradas en la ejecución del contrato, «cuando su situación contractual, las actividades y relaciones comerciales habituales existentes entre las partes hacen presumir que

40 CAIVANO, Roque J. «Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario». En *Lima Arbitration,* 2006, n.º 1.

aceptaron la cláusula arbitral de cuya existencia y alcance tenían conocimiento, aunque no hayan suscripto el contrato en que ella se incluía» (*Revue de l' Arbitrage*, 1992, p. 125 y siguientes). Contra esta decisión de la Corte de Apelaciones, el Sr. Orri planteó recurso de casación invocando la violación al artículo 1134 del Código Civil francés. En sentencia del 11 de junio de 1991, la Corte de Casación denegó el recurso.

Respecto a la casuística norteamericana, se tiene que:[41]

En términos generales, se señala que la personalidad de una sociedad puede ser desestimada cuando está formada con propósitos fraudulentos o impropios, cuando actúa o se comporta como un agente o una «marioneta» de su controlante, cuando está bajo el control de otra a tal punto que ambas constituyen un único emprendimiento, o cuando es una mera pantalla o un alter ego de la controlante.

En la casuística norteamericana, la responsabilidad por la doctrina de la penetración del velo societario puede predicarse demostrando:

- La existencia de un fraude o el completo dominio o autoridad de la sociedad controlante, que lleve a confusión a los terceros. (US Court of Appeals for the Second Circuit, in re Passalacqua Builders, Inc., 2d Cir., 1997).

- Conductas o circunstancias que impliquen un virtual abandono de la separación de sus identidades societarias, tales como:

  (a) que la subsidiaria no tiene cuentas bancarias, oficinas, ni papelería, no realiza transacciones ni tiene actividad (US Court of Appeals for the Second Circuit, in re Carte Blanche, 2d Cir., 1997); o

  (b) que la controlante y la subsidiaria comparten oficinas y personal, tienen los mismos directores, mezclan fondos y no se consideran como unidades de ganancia separadas

41 *Ibidem*.

> (US Court of Appeals for the Second Circuit, in re Walter E. Heller & Co. v. Video Innovations, Inc., 730 F.2d 50, 53, 2d Cir., 1984).

Refiriéndose a la normativa argentina, el mismo autor señala:[42]

> En el derecho argentino, la doctrina de la penetración del velo societario y la posibilidad de hacer caso omiso de la diferente personalidad jurídica de dos entes en caso de situaciones de control societario tienen expresa recepción legislativa en materia comercial, tanto en la legislación societaria como en la normativa concursal.
>
> […]
>
> Antes de su consagración normativa expresa, esta teoría encontró fundamento en los principios del derecho común, tales como la simulación ilícita, el abuso del derecho y el fraude (artículos 959, 1071 y 971 del Código Civil, respectivamente). Hoy, además de su precisa configuración positiva, el instituto tiene fundamentos «de base», explicados en la propia Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades: «Se declara expresamente la calidad de sujeto de derecho que la sociedad reviste, si bien se precisa que ella guarda el alcance fijado en la ley. En este particular se adopta la más evolucionada posición en punto a la personalidad jurídica y, de ese modo, como lo señalara en otra oportunidad uno de los corredactores, la sociedad resulta así no solo una regulación del derecho constitucional de asociarse con fines útiles y una forma de ejercer libremente una actividad económica, sino que constituye una realidad jurídica […] que la ley reconoce como medio técnico idóneo para que todo grupo de individuos pueda ejercer el fin lícito que se propone. Con esta norma la ley posibilita, en fin, una amplia elaboración de las consecuencias de la personalidad jurídica, y también de soluciones para aquellos casos en que este recurso técnico sea empleado para fines que exceden las razones de su regulación».
>
> […]

42 *Ibidem*.

En efecto. La sociedad es un instrumento, un medio que la ley habilita para hacer posible o más eficaz fin un emprendimiento económico. Y la personalidad jurídica que se le otorga a esa sociedad «es el recurso técnico instrumental que permite a la pluralidad de socios actuar como unidad en el mundo jurídico y, a través de la persona societaria y del mecanismo interno de participación en utilidades y pérdidas, obrar a efectos del fin común que los motiva y lleva al vínculo social» (cita a Suárez Anzorena, Carlos, en Zaldívar, Manóvil, Ragazzi, Rovira y San Millán, *Cuadernos de Derecho Societario*, ed. Abeledo-Perrot, 1973, tomo I, p. 131).

Este límite al reconocimiento de la calidad de sujeto de derecho surge de la propia Ley de Sociedades, cuyo artículo 2 condiciona esa calidad, subordinándola al «alcance fijado en la ley». De allí que, frente a las diversas formas de aprovechamiento abusivo que se fueron conociendo, doctrina y jurisprudencia «fueron gestando la necesidad de formular remedios jurídicos y abandonaron la idea de que entre la persona jurídica y los individuos que la componen se levantaba una muralla infranqueable. Sin que ello importe afectar de modo alguno al instituto de la personalidad jurídica, pues la misma subsiste en tanto no se la use más allá de los fines lícitos previstos por la ley. Por tanto, se entendió que dicha barrera debía ser penetrada para adentrarse en ella y hallar la verdad, la realidad oculta detrás de ella. A tal fin responde la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica» cuyo objetivo es «desaprobar conductas antijurídicas y de aprovechamiento disfuncional de la personalidad jurídica, "desestimando" la estructura formal del ente y "penetrando" en el sustrato real que subyace bajo la apariencia jurídica del mismo» (cita a Matach, Sebastián A.: «La teoría del disregard en el anteproyecto de modificación a la Ley Societaria», *Rev. Jurisprudencia Argentina* 2004-III-1179).

[…]

Finalmente, como pautas para determinar cuándo estamos en presencia de sociedades que, si bien formalmente son distintas personas jurídicas, en la realidad encierran un mismo y único grupo económico, la jurisprudencia ha señalado que debe tenerse por comprobado que una sociedad no es más que un instrumento del que se valió la sociedad controlante si: (a) el presidente de la sociedad controlante es titular del 85 % del paquete accionario de la sociedad; (b) la sociedad ha sido constituida con

> un capital irrisorio, tanto por su monto como en relación con las utilidades obtenidas; (c) los representantes en las asambleas de la sociedad son funcionarios jerárquicos de la controlante; (d) la actividad principal de la sociedad son negocios complementarios o paralelos a los de la controlante; (e) la controlante cancelaba deudas de la sociedad (cita a C.Fed. San Martín, Sala I, 28/04/1994, *in re* Macri, Francisco, citado por Castro Sammartino, Mario y Garrone, José A.: *Ley de Sociedades Comerciales*, ed. Abeledo Perrot, 1998).
>
> De todas maneras, debe señalarse aquí que la sola existencia de un grupo o de una situación objetiva de control no autoriza, sin más, a «penetrar» el entramado societario y hacer caso omiso de la personalidad diferenciada de los entes que lo componen. Porque, como ha dicho la jurisprudencia «una situación de control no presupone necesariamente un uso abusivo de la personalidad», situación esta que debe configurarse para que ello suceda. (cita: CNCom., sala B, 30/06/2005, in re Casademont, Paul A. c. Talentum Think Tank Ltd., Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Lexis-Nexis, Newsletter, 03/10/2005. En el fallo se citan, como precedentes del mismo tenor, los fallos dictados in re Corralón Patagónico de Los Andes S.A. c. Oscar A. Corral Construcciones S.A., de fecha 5/06/2002; y Pardini, Fabián R. c. Compañía Fredel S. R. L., del 06/11/1996).

Un punto importante que amerita precisarse radica en la diferencia entre la responsabilidad de los directores o representantes de la sociedad con la finalidad de la aplicación de instrumentos como el levantamiento de velo societario. Como señala Hundskopf:

> […] existe cierta confusión […] al tratar de asimilar los supuestos de aplicación del levantamiento de velo o allanamiento de la personalidad, para atribuir responsabilidad de determinados órganos integrantes de la administración de una persona jurídica, en situaciones en las que hubieren actuado en abuso del derecho o de forma defraudatoria a los intereses y derechos de terceros y/o de los propios socios.
>
> Sobre el particular, debemos precisar que tales situaciones no responden a los supuestos ni al ámbito de aplicación de la figura del allanamiento de la personalidad jurídica o del levantamiento del velo societario, dado

> que la responsabilidad derivada de dichos actos se encuentra enmarcada en el incumplimiento de los deberes propios de sus funciones, y no en la simulación o instrumentalización de la persona jurídica, mediante el amparo de su responsabilidad limitada, principalmente porque dicha condición jurídica no beneficia de forma directa a tales miembros de la administración, sino únicamente —en el caso de las sociedades anónimas— a una persona jurídica vinculada a ella que conduzca o domine sus actividades, o a sus propios accionistas.[43]

5. UN CASO ARBITRAL PERUANO EN EL QUE SE LEVANTÓ EL VELO SOCIETARIO. LA SECUENCIA JUDICIAL EN ANULACIÓN HASTA LLEGAR AL RECONOCIMIENTO DE LA JUDICATURA PERUANA DE LA FACULTAD DE LOS ÁRBITROS DE LEVANTAR EL VELO SOCIETARIO Y LA IMPORTANCIA DE EVITAR LOS ESQUEMAS FRAUDULENTOS

La judicatura peruana reconoce expresamente no solo la facultad de realizar levantamiento de velo societario por parte de los jueces, sino por parte de los árbitros, al realizar estos últimos función jurisdiccional.

En efecto, con base en el principio de la buena fe es que, por ejemplo, se ha incluido en el sistema arbitral la doctrina del levantamiento de velo societario. Aquí es oportuno mencionar que la extensión del convenio arbitral a quienes no lo han suscrito es un asunto sumamente amplio y que ha merecido diversas posturas por la teoría y la práctica arbitral, tanto nacional como internacional.

Así, con base en la diversa casuística que se genera continuamente, los supuestos de extensión del convenio arbitral se han dotado de oxígeno, siempre —por cierto— cuidando no caer en extremos que desnaturalicen los límites de cobertura del convenio arbitral, pero a la vez sin permitir que a través de dichos límites se procuren situaciones

---

43 HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. «El directorio de las sociedades anónimas». En *Tratado de derecho mercantil*. Lima: Gaceta Jurídica., 2005, tomo I: Derecho societario, segunda edición, p. 621.

de fraude o de vulneración al principio (transversal a todo el sistema jurídico) de la buena fe.

De este y otros principios se deriva la doctrina del levantamiento de velo societario en el ámbito de arbitraje como un modo de impedir que el convenio arbitral se convierta en un muro que impida el resarcimiento a cargo de quien se escuda detrás de una personalidad jurídica que en realidad (primacía de la realidad) constituye la misma voluntad que forma parte del contrato.[44]

Para algunos, resulta de la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, por lo que deriva de la aplicación del artículo 14 de la Ley de Arbitraje peruana; para otros, no se trata de una extensión a alguien adicional, sino que todo proviene de una misma voluntad, de modo que es la misma voluntad bajo diferentes formas o fachadas.

En este último sentido se le identifica con la doctrina del *alter ego* (cuyo objetivo es que el derecho no ampare el abuso o el fraude),[45] o con la doctrina que distingue la teoría del grupo de sociedades involucrado, bajo cuyo análisis se puede concluir que estas actúan como una unidad económica en el respectivo negocio, determinándose si han intervenido, por ejemplo, en la celebración, ejecución o terminación del negocio.[46]

---

44 En este punto considero apropiado agregar que la buena fe en la interpretación de la extensión del convenio arbitral cubre la posibilidad de que se fraccionen esquemas de actos o negocios dejando del otro lado (lado infranqueable) a parte de ellos y, por ende, sin posibilidades de siquiera debate o acceso a jurisdicción alguna para la parte que se considere afectada. Es así que la incorporación o no de partes no signatarias o de otros sujetos dentro de un proceso arbitral es materia que debe ser apreciada, evaluada y analizada con rigor y cuidado a lo largo del arbitraje, a fin de no desnaturalizar el arbitraje y su esencia contractual (a la fiesta solo pueden asistir quienes están invitados) y, a la vez, cuidar de no desnaturalizarlo convirtiéndolo en vehículo de actos que contravengan el orden jurídico.

45 REPETTO, Luis; HUNDSKOPF, Andrés y Miguel VALDERRAMA. «Mi otro yo… la doctrina del álter ego y el artículo 14 de la ley peruana de arbitraje. Arbitraje internacional ». En *Forseti, Revista de Derecho*, 2014, n.º 1.

46 TALERO, Santiago. «Extensión del pacto arbitral a no signatarios: perspectivas en la nueva ley peruana de arbitraje». En *Lima Arbitration*, 2010-2011, n.º 4.

5.1. El caso

Al respecto, resulta de interés citar el conocido caso arbitral entre Langostinera Caleta Dorada S. A. C. y otros contra TGS S. A. C. (Expediente n.º 451-2009).

En dicho caso, un tribunal arbitral que incluyó a un grupo de empresas en un arbitraje mediante levantamiento de velo societario (que se realizó a lo largo de ese proceso y que fue, precisamente, materia de actuaciones probatorias y finalmente de decisión en el laudo) consideró que las empresas emplazadas en el proceso llevado en el arbitraje se comportaron respondiendo a una sola voluntad, por lo que debían responder por las obligaciones demandadas también como una sola empresa.

Este análisis fue objeto de un recurso de anulación de laudo arbitral llevado por la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de Lima, la que mediante sentencia del 10 de agosto de 2010 anuló el laudo por considerar ese colegiado que los árbitros no podían incluir en el arbitraje a nadie más que a quienes figuraban en el convenio arbitral.

Esa sentencia fue llevada a la Corte Suprema en casación y la máxima instancia judicial corrigió el grave error en que había incurrido aquel colegiado superior.

En efecto, la Corte Suprema, en la Casación n.º 4624-2011-Lima, del 19 de diciembre de 2011, luego de explicar la jurisdiccionalidad del arbitraje y de citar a ese respecto tanto a la Constitución Política como al Tribunal Constitucional, señaló lo siguiente:

> Noveno: Conforme a los argumentos expuestos se evidencia el error de la Sala Superior, al haber colocado a la jurisdicción arbitral en un estado de inferioridad respecto de la jurisdicción ordinaria, inferioridad para no poder pronunciarse sobre determinadas situaciones tales como los gru-

> pos de sociedades, situaciones de fraude y el desvelamiento del velo societario, elemento último sobre el que la doctrina nacional ha elaborado sendos estudios, basta recordar los de juristas tales como Juan Morales Godo («El levantamiento del velo de la personalidad jurídica». En: *Temas de Derecho Registral*. Tomo II. Lima: Palestra Editores, 2000, páginas ciento veinticuatro a ciento treinta y dos) y Juan Espinoza Espinoza (*Derecho de las Personas*. Tercera edición. Lima: Editorial Huallaga, 2001, página cuatrocientos cuarenta y siete y siguientes), y la reconducción de tal tópico a figuras tales como el abuso del derecho y el fraude a la ley; esto último se menciona solo a manera de ilustración.

Habiendo retornado a la Sala Civil con Subespecialidad en lo Comercial (para entonces con nuevo Colegiado), mediante sentencia de 5 de marzo de 2013, esta Sala Superior validó los alcances del laudo arbitral.

Al respecto, esta Sentencia, entre otros, señala lo siguiente:

> […] debemos señalar que el arbitraje en nuestro sistema jurídico es ejercicio de función jurisdiccional sustentada en el acuerdo político de las partes, y que, dentro de los límites de ese acuerdo, los árbitros cuentan con todos los poderes jurisdiccionales que les confieren nuestra Constitución y la ley.
>
> Por tanto, desde este horizonte conceptual y normativo lo que el tribunal arbitral ha hecho no es someter compulsivamente a un tercero a un proceso arbitral, sino, muy por el contrario, ha evitado que la parte signataria de un convenio arbitral, mediante la utilización fraudulenta de otras empresas que responden a una sola voluntad empresarial, burle la efectividad de dicho acuerdo.
>
> Esta potestad arbitral, sin embargo, no solo está sustentada en el reconocimiento del arbitraje como verdadera jurisdicción sino también, y tal vez principalmente, en los principios generales de buena fe y prohibición de abuso del derecho que resultan plenamente aplicables a un acto de autonomía privada como es el convenio arbitral.

Es de señalar que tanto la sentencia definitiva de la Sala Comercial como la sentencia casatoria antes citada reflejan claramente la opinión siempre vigente de la judicatura respecto no solo de la facultad de los árbitros de realizar el levantamiento de velo societario, sino —y muy especialmente— demuestran la gran importancia que el Poder Judicial confiere a la salvaguarda de los derechos frente a eventuales abusos del derecho, fraude a la ley, empleo fraudulento de figuras e instituciones jurídicas en desmedro de otros, la vulneración del principio de buena fe.

6. CONCLUSIONES

- Toda organización empresarial debe conducirse con racionalidad para lograr ser productiva, eficiente y competitiva y, de ese modo, alcanzar sus fines económicos, como la generación de rentabilidad y utilidades a través de actividades que han de desarrollarse dentro de los parámetros establecidos en cada ordenamiento jurídico.

- Esa legítima aspiración económica cumple un rol determinante al promover la riqueza, prosperidad y, en general, el bienestar de los agentes involucrados, como (a) los inversionistas, socios o accionistas, quienes arriesgan sus aportes para desarrollar la respectiva actividad económica y convertirlos en utilidad; (b) los trabajadores de la empresa, que obtienen de ella el sustento; (c) las empresas de la competencia, que se ven obligadas a mejorar sus propios procesos para mantenerse y competir en el mercado; (d) los consumidores, quienes se benefician al tener alternativas de consumo; y (e) el Estado, que recauda los impuestos respectivos de dicha actividad, generados en todo el circuito económico, para cumplir sus fines sociales de atención de bienes, servicios e infraestructura, todo lo cual conlleva un efecto —directo o indirecto— de redistribución de la riqueza, entre otros.

- La ficción societaria —persona jurídica distinta de los socios que la conforman— ha viabilizado tanto la creación como el desarrollo y expansión de empresas, lo que ha incentivado la organización de estructuras corporativas complejas pertenecientes a un mismo grupo. Así, la limitación del riesgo de los socios ha significado grandes ventajas económicas para el sistema económico, propiciando la inversión a toda escala, lo que ha sido, y sigue siendo, un factor determinante en el desarrollo económico.

- La prerrogativa de la limitación de responsabilidad que el ordenamiento jurídico confiere a las sociedades y sus socios no es ni puede ser absoluta, sino que se encuentra condicionada al cumplimiento de su objeto, finalidad y función, así como a su actuación, conducción y actuación conforme a la buena fe (aquí se encuentra con los derechos de terceros).

- Muchas veces se realizan actos de abuso al amparo de la distinción entre la persona jurídica y sus integrantes, lo que amerita —no obstante la regla general del respeto de dicha dualidad—, apreciar la realidad y no la ficción creada. De ahí la respuesta —como las hay en todo el ordenamiento jurídico contra los actos de distorsión de derechos por los cuales se defrauda la confianza ajena— mediante herramientas como el levantamiento de velo societario o *disregard of the legal entity,* para enmendar y sancionar tales actos, develando y colocando a la luz las relaciones existentes escudadas bajo la forma de persona jurídica de la sociedad contratante por las cuales se perjudica a otros.

- No hay derechos absolutos, ni derechos que puedan ejercerse de manera abusiva, antisocial. No hay zonas francas o de exención de control o de limitaciones al ejercicio de los derechos que se confieren.

7. BIBLIOGRAFÍA

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. «Teoría del fraude a la ley». En AA.VV. *Teorías del derecho civil moderno*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad del Desarrollo, 2005.

ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Buenos Aires: Ediar, 1963, tomo I, segunda edición.

ARBULÚ ALVA, Luis. «La consideración y aplicación del principio de primacía de la realidad en el procedimiento de inspección del trabajo». En *Derecho & Sociedad*, 2005, n.° 24, pp. 230-239.

ARRARTE ARRISNABARRETA, Ana María. «Alcances sobre la nulidad de cosa juzgada fraudulenta». En *Ius Et Veritas*, 1996, n.º 13, vol. 7, pp. 173-184. Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15568>.

ARRARTE ARRISNABARRETA, Ana María. «Alcances sobre la nulidad de cosa juzgada fraudulenta». En TICONA POSTIGO, Víctor (compilador). *El debido proceso y la demanda civil*. Lima: Rodhas, 1999, tomo II, segunda edición.

BORDA, Alejandro. *La teoría de los actos propios*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

BRAVO CUCCI, Jorge y Rómulo MORALES HERVIAS. «El negocio jurídico en fraude a la ley entre el derecho civil y el derecho tributario: una nueva visión para un viejo problema». En *Tributo & Dogma. Portal de Derecho Tributario*, 12 de noviembre de 2006. Recuperado de <https://tributoydogma.blogspot.com/2006/11/el-negocio-jurdico-en-fraude-la-ley.html>.

CAIVANO, Roque J. «Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario». En *Lima Arbitration,* 2006, n.º 1.

CALAMANDREI, Piero. *Elogio de los jueces*. Buenos Aires: Ejea, 1956.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. «Conflictos entre derechos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En *Revista Peruana de Jurisprudencia*, 2005, vol. 51, pp. 3-27.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «El rasgado del velo societario dentro del arbitraje». En *Ius Et Veritas*, 2004, n.º 29, vol. 14, pp. 12-22. Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11485>.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Filosofía del derecho*. Materiales de enseñanza. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1982.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «La verdad construida. Algunas reflexiones heterodoxas sobre la interpretación legal». En SOTO COAGUILA, Carlos (director). *Tratado de la interpretación del contrato*. Lima: Grijley - Universidad Externado de Colombia - Rubinzal-Culzoni Editores, 2007, tomo III.

DÍEZ-PICAZO, Luis. «El abuso del derecho y el fraude de la ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil español y el problema de sus recíprocas relaciones. En *Ius Et Veritas*, 1992, n.° 5.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Abuso del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1992.

GARCÍA MAYNES, Eduardo. *Filosofía del derecho.* México D. F.: Porrúa, 1977.

HERNÁNDEZ, Christian. «El levantamiento del velo societario en el Perú: situaciones de aplicación». En *Ius 360°*, 17 de enero de 2020. Recuperado de <https://ius360.com/el-levantamiento-del-velo-societario-en-el-peru-situaciones-de-aplicacion/>.

HITTERS, Juan Carlos. «Revisión de la cosa juzgada. Su estado actual». En *Revista Peruana de Derecho Procesal*, diciembre 2001, tomo IV.

HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. «Las personas jurídicas con fin económico». En *Ius Et Veritas*, 2001, n.º 22.

HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. «El directorio de las sociedades anónimas». En *Tratado de derecho mercantil*. Lima: Gaceta Jurídica., 2005, tomo I: Derecho societario, segunda edición.

JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. «Algunas reflexiones acerca del proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta». En: *Derecho & Cambio Social*, 2007, n.º 11, año 4.

JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. «La seguridad jurídica». En *Revista del Magíster en Derecho Civil*, 2002, vol. 2-3 1998-1999.

LÓPEZ, Marcelo. *La doctrina de los actos propios en la jurisprudencia*. Buenos Aires: Ediciones Desalma, 1997.

MISPIRETA GÁLVEZ, Carlos Alberto. «El allanamiento de la personalidad jurídica o levantamiento del velo societario». En *Tratado de derecho mercantil*. Lima: Gaceta Jurídica., 2005, tomo I: Derecho societario, segunda edición.

PEYRANO, Jorge y Julio CHIAPPINI. *El proceso atípico*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984, segunda parte.

RECASENS SICHES, Luis. *Vida humana, sociedad y derecho. Fundamentación de la filosofía del derecho.* México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1945.

REPETTO, Luis; HUNDSKOPF, Andrés y Miguel VALDERRAMA. «Mi otro yo… la doctrina del álter ego y el artículo 14 de la ley peruana de arbitraje. Arbitraje internacional ». En *Forseti, Revista de Derecho*, 2014, n.º 1.

TALERO, Santiago. «Extensión del pacto arbitral a no signatarios: perspectivas en la nueva ley peruana de arbitraje». En *Lima Arbitration*, 2010-2011, n.º 4.

TRIGO REPRESAS, Félix. «Prólogo». En LÓPEZ, Marcelo. *La doctrina de los actos propios en la jurisprudencia*. Buenos Aires: Ediciones Desalma, 1997.