

IUS^{ET} PRAXIS





IUS_{ET} PRAXIS

Ius et Praxis

Revista oficial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima

N.º 54, julio, 2022

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2022.n054>

CONSEJO EDITORIAL

Director general:

José Luis Germán Ramírez-Gastón Ballón

Editor:

Enrique Varsi Rospigliosi

Comité editorial:

Raúl Canelo Rabanal (Universidad de Lima, Perú)

Ronald Cárdenas Krenz (Universidad de Lima, Perú)

Joaquín Missiego del Solar (Universidad de Lima, Perú)

Enrique Varsi Rospigliosi (Universidad de Lima, Perú)

Adolfo Alvarado Velloso (Universidad Nacional de Rosario, Argentina)

Aida Kemelmajer de Carlucci (Universidad de Mendoza, Argentina)

Rémy Cabrillac (Université de Montpellier, Francia)

Francisco Ramos Méndez (Universitat Pompeu Fabra, España)

Flavio Tartuce (Universidade de São Paulo, Brasil)

© Universidad de Lima

Fondo Editorial

Av. Javier Prado Este 4600

Urb. Fundo Monterrico Chico, Lima 33

Apartado postal 852, Lima 100, Perú

Teléfono: 437-6767, anexo 30131

fondoeditorial@ulima.edu.pe

www.ulima.edu.pe

Edición, diseño y carátula: Fondo Editorial de la Universidad de Lima

Impreso en el Perú

Tiraje: 200 ejemplares

Periodicidad: semestral

Los trabajos firmados son de responsabilidad de los autores. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta revista, por cualquier medio, sin permiso expreso del Fondo Editorial.

ISSN 2523-6296

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2020-09663

Evaluadores

Mg. Javier Jimeno Goicochea (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Mg. Sergio Tafur Sánchez (Universidad de San Martín de Porres, Perú)

Mg. Kevin Ochoa Quispe (Universidad de Lima, Perú)

Dra. Luz Imelda Pacheco Zerga (Universidad de Piura, Perú)

Mg. Gonzalo García Calderón Moreyra (Universidad de Lima, Perú)

Br. Óscar Alberto Alejos Guzmán (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Br. Marco Antonio Ortega Piana (Universidad de Lima, Perú)

Dr. José Ignacio Martínez Pallares (Universidad de Murcia, España)

Br. Christian Collantes Rojas (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)

Mg. José Steck Monteza (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Mg. Paul Vladimir Mallma Vilca (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Mg. Enrique Johanson Cervantes (Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Perú)

Dr. Víctor Santiago Manrique Echevarría (Universidad de San Martín de Porres, Perú)

Mg. Celso Alfredo Saavedra Sobrados (Universidad de San Martín de Porres, Perú)

Mg. Juan Carlos Puertas Figallo (Universidad de San Martín de Porres, Perú)

Mg. Pablo Sánchez Nassif (Universidad de Lima, Perú)

Mg. Peter Palomino Figueroa (Universidad del Pacífico, Perú)

Mg. Jairo Cieza Mora (Universidad de Lima, Perú)

Mg. Frank García Ascencios (Universidad de Lima, Perú)

Dr. Edison Tabra Ochoa (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Mg. Renzo Saavedra Velazco (Pontificia Universidad Católica del Perú)

SERVICIOS DE INFORMACIÓN E INDEXACIÓN

La revista *Ius et Praxis* se encuentra indexada y registrada en:

Bases de datos

LatinREV (Red Latinoamericana de Revistas Académicas en Ciencias Sociales y Humanidades)

ROAD (Directory of Open Access scholarly Resources)

Buscadores

Google Académico

Repositorio

Repositorio Institucional Ulima

COMITÉ DE APOYO 2022

Coordinadora ejecutiva:

Natalia Carolina Siguas Santa Cruz

Coordinadora de la Comisión de Administración y Financiamiento:

Katherine Carolina Caqui Laguna

Coordinadora de la Comisión de Edición:

Ángela Valeria Cuba Palomino

Coordinador de la Comisión de Eventos:

Marco Aurelio Moncada Rivarola

Coordinadora de la Comisión de Gestión y Desarrollo Humano:

Valeria Belén Orellano Valdiviezo

Coordinadora de la Comisión de Imagen Institucional:

Romina Huertas Mora

Coordinador de la Comisión de Promoción de Ventas y Relaciones Públicas:

Jorge Álvaro Maguiña Valenzuela

COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN Y FINANCIAMIENTO:

Alexia Karolina Ramírez Coico

Camila Carrillo Sam

Carlos Eduardo Elías Velarde

Eric Alfredo Cuya Porras

Luis Enrique Infante Altamirano

Marcelo Rodrigo de la Cruz Otero

Sharon Margareth Flórez Hurtado

COMISIÓN DE EDICIÓN:

Belén Núñez Stojkic
Carlo André Ayala Ponce
Carlos Enrique Cárcamo Valencia
Dayana Sofía Luján Sánchez
Deyna Sol de la Serna Prescott
Franco Alexander Vásquez Robles
Helena Natalia Sánchez Borja
Katya Myluska Villacrís Castillo
Leandro Ugaz Valencia
Ligiaelena Daniela Tarazona Larrauri
Manuel Jesús Merino Mariñas
Noriana Goretti Maya Lomparte

COMISIÓN DE EVENTOS:

Alessandra Patricia Delgado Abarca
Ariana Masiel del Villar Gonzales
Daria Stephania Hidalgo Martínez
Eduardo Jesús Chocano Ravina
Flavia Valeria Quijandría Guevara
Mario Alejandro Moscol Carrasco
Mateo Francisco Dueñas Loayza
Natalia Ávalos Espinoza
Omar Nathan Huaytalla Paredes
Salvador Terán Torero

COMISIÓN DE GESTIÓN Y DESARROLLO HUMANO:

Camila Alessandra Fashe Gastañadui
Camila Lucía Zumaeta Roja
Claudia María Condori Pantoja
Daniela Sofía Chávez Chahud
Diego Alonso Reyna García
Fabrizio Fuster Graham
Kiara Christel Flores Medina
Solange de los Ángeles Solano Ninahuanca
Valeria Soria Villena
Víctor Manuel Bustamante Barreto

COMISIÓN DE IMAGEN INSTITUCIONAL:

Alessandra Tais Ávila Quispe

Annyoly Cielo Vásquez Peña

Antonella Alejandra Delgado Flores

Brenda Cristina Saavedra Jacobo

Fiorela Mahatmi Nako Cárdenas Tantalla

Flavia Fernanda Alvarado López

María Lucía Horna Dueñas

Nain Amaro Gamero

Nathaly Dayana Altamirano Gonzales

COMISIÓN DE PROMOCIÓN DE VENTAS Y RELACIONES PÚBLICAS:

Adrián Arnaldo Freyre Marquina

Ana Belén Llamoctanta Aguilar

Bruno Antonio González Sánchez

Cesia Quiñones Condezo

Josué Carlos Pérez Justiniano

Marcelo Galíndez Flores

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	11
ARTÍCULOS	13
Recuperando la confianza en el arbitraje. Últimas implementaciones de las instituciones arbitrales para hacerlo más célere y transparente <i>Álvaro Estrada Rosas</i>	15
Balance del arbitraje: a los veinticinco años de su entrada en vigencia <i>Gonzalo García Calderón Moreyra</i>	37
La “extensión” del convenio arbitral: el enfoque desde el derecho contractual <i>Alonso Morales Acosta y Christian Guzmán Arias</i>	49
La etapa preconcursal y su eventual incompatibilidad con el convenio arbitral <i>Jesús Roberto Hernández Peña</i>	69
Las cláusulas de estabilización en los contratos de inversión y el arbitraje internacional <i>Francesca Benatti y Sergio García Long</i>	95
Limitaciones en las facultades de los árbitros, revisión <i>Ludovina Villanueva Núñez</i>	127
Reflexiones sobre los límites a los poderes de los árbitros y el <i>iura novit arbiter</i> <i>Lisbeth Gárate Silva</i>	139
Procedimientos sin audiencias en el arbitraje comercial internacional <i>Julio César Betancourt</i>	157
Nulidad del laudo arbitral por falta de motivación a pesar de haberse estimado la solicitud de interpretación <i>Rolando Martel Chang</i>	175

¿No revelar = anulación?: armonización del criterio judicial para anular un laudo por falta de revelación del árbitro	197
<i>Jaime Heredia Tamayo y Paulo César Castañeda Montalván</i>	
Arbitraje en el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT)	219
<i>Frank García Ascencios y Alan Gamarra Leiva</i>	
Arbitraje laboral y arbitraje popular: juntos, pero no revueltos	231
<i>José Andrés Piedra Pereira</i>	
Un breve diagnóstico sobre la actividad de supervisión del OSCE en las compras públicas	239
<i>Luigi Stevens Castro Fuentes</i>	
PONENCIAS DEL EVENTO "LA PROTECCIÓN A LOS INVERSIONISTAS EXTRANJEROS EN EL PERÚ A TRAVÉS DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN", ORGANIZADO POR EL ESTUDIO RODRÍGUEZ ANGOBALDO ABOGADOS, EN ASOCIACIÓN CON LA FIRMA INTERNACIONAL HOGAN LOVELLS, EL 16 DE FEBRERO DEL 2022 EN LA CIUDAD DE LIMA	259
La situación económica y política actual del Perú (1)	261
<i>Fernando Rodríguez Angobaldo</i>	
La situación económica y política actual del Perú (2)	263
<i>Úrsula Caro Tumba</i>	
Introducción al arbitraje de inversión	267
<i>Orlando Cabrera</i>	
Conclusiones	273
<i>Enrique Varsi Rospigliosi</i>	
ENTREVISTAS A SECRETARIOS GENERALES DE CENTROS DE ARBITRAJE	275
Entrevista a Silvia Rodríguez Vásquez	277
Entrevista a Álvaro Aguilar	285
Entrevista a Marianella Ventura Silva	293
INFORMACIÓN ADICIONAL	297
Código de ética	299
Política editorial y normas para colaboradores	303

PRESENTACIÓN

Investigar y dar a conocer el análisis sobre un área específica del derecho constituye un gran reto, pues resulta necesario concertar a una serie de profesionales y académicos expertos en torno a un tema de especial interés.

En los últimos tiempos, el arbitraje ha tenido un impacto significativo en las transacciones comerciales y en los contratos públicos incluso en materia laboral, como un medio alternativo para dar solución a los conflictos jurídicos y de intereses.

Las cláusulas arbitrales han sido incorporadas en los contratos más importantes en diversos sectores económicos, y los resultados han sido alcanzados al momento de utilizar el arbitraje eficiente.

Por tal razón, la organización de la presente entrega está dedicada de modo especial a tratar diversos temas relacionados con el arbitraje, tema central que es complementado con las ponencias presentadas en el seminario internacional realizado el 16 de febrero del 2022 por la revista *Ius et Praxis* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima junto con el estudio Rodríguez Angobaldo Abogados, en asociación con la firma internacional Hogan Lovells, sobre “La protección a los inversionistas extranjeros en el Perú a través del arbitraje de inversión”.

La importancia de este último tema pone de relieve que, para que los Estados y los inversionistas extranjeros logren sus propósitos en una relación contractual de inversión a largo plazo y obtengan sus beneficios, necesitan de un eficiente sistema de solución de controversias que los respalde en casos de incumplimiento de acuerdos, abusos de facultades regulatorias estatales o inconductas de los inversionistas.

La forma en que los tribunales arbitrales conduzcan, discutan y resuelvan estas controversias no solo afectará los intereses de las partes que participan directamente en los arbitrajes internacionales de inversión, sino también —positiva o negativamente— en los objetivos y lineamientos que guían a la comunidad internacional en la lucha contra la corrupción.

Por ello, resulta de especial interés asomarse al conocimiento de esta problemática con algunas reflexiones y propuestas para enfrentar estos temas con acierto. Asimismo, para cerrar esta área temática, presentamos tres entrevistas realizadas a secretarios generales de distintos centros de arbitraje de Lima.

Estamos seguros de que todos los que se sirvan del contenido de las reflexiones y los temas tratados en la presente edición podrán apreciar sus bondades, lo cual les permitirá el esclarecimiento de sus ideas.

Por último, en mi condición de director general de la revista *Ius et Praxis* y de decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, deseo expresar mi especial agradecimiento a todos los que han colaborado con sus conocimientos y experiencias en los diversos artículos y ponencias que se han presentado, así como también al Comité Internacional, presidido por el doctor Enrique Varsi Rospigliosi, y a nuestros alumnos miembros del equipo de la revista, por su estrecha colaboración, compromiso e identificación con la facultad, quienes han demostrado un gran sentido de responsabilidad para alcanzar esta nueva entrega.

Germán Ramírez-Gastón Ballón

Director general de la revista *Ius et Praxis*

Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima

ARTÍCULOS

RECUPERANDO LA CONFIANZA EN EL ARBITRAJE. ÚLTIMAS IMPLEMENTACIONES DE LAS INSTITUCIONES ARBITRALES PARA HACERLO MÁS CÉLERE Y TRANSPARENTE

ÁLVARO ESTRADA ROSAS*
Universidad de Lima, Lima, Perú

Recibido: 7 de octubre del 2021 / Aceptado: 8 de diciembre del 2021

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2022.n054.5459>

RESUMEN. Una serie de casos en los que el uso desmedido y negativo del arbitraje sirvió para cometer actos de corrupción a gran escala han hecho que el arbitraje pierda credibilidad en el Perú. Como consecuencia, desde el Estado se han propuesto normas y proyectos de ley que buscan impedir esos abusos, pero que no hacen sino entorpecer el proceso arbitral como mecanismo de solución de controversias.

Este artículo identifica las más recientes herramientas y regulaciones implementadas en algunas instituciones arbitrales nacionales e internacionales con el objetivo de volver más célere y transparente el arbitraje y así recuperar la confianza del ciudadano en este. Esas herramientas y regulaciones son el calendario de actuaciones arbitrales, las sanciones objetivas por la demora en las que incurran los árbitros, las notificaciones y actuaciones virtuales, la secretaría administrativa, el Faro de Transparencia de la Cámara de Comercio de Lima (CCL), nuevas exigencias a las partes y a los secretarios de un arbitraje para evitar supuestos de conflictos de interés y el deber de las partes de informar sobre una financiación de terceros.

PALABRAS CLAVE: arbitraje / corrupción / celeridad / eficiencia / transparencia / buenas prácticas / institución arbitral / tercero financiador

* Abogado por la Universidad de Lima. Secretario arbitral del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL). Fundador del Círculo de Estudios de Arbitraje de la Universidad de Lima. Cuenta con especialización en Arbitraje Nacional e Internacional por la CCL; en Mediación, Negociación y Resolución de Conflictos por ESSEC Business School, y estudios de posgrado en la Universidad Católica de Lovaina, la Universidad de Ginebra y la Geneva Center for International Dispute Settlement (CIDS).

REGAINING CONFIDENCE IN ARBITRATION. LATEST IMPLEMENTATIONS OF ARBITRAL INSTITUTIONS TO MAKE IT FASTER AND MORE TRANSPARENT

ABSTRACT. A series of cases in which the excessive and harmful use of arbitration served large-scale acts of corruption have caused arbitration to lose credibility in Peru. Consequently, the State has proposed bills and regulations to prevent these abuses but has only hindered the arbitration process as a dispute resolution mechanism. This article identifies the most recent tools and regulations implemented in some national and international arbitration institutions to make arbitration faster and more transparent and, thus, recover the citizen's trust in it. These tools and regulations are the calendar of arbitral proceedings, objective sanctions for delays on the part of the arbitrators, virtual notifications and proceedings, the administrative secretariat, the Lima Chamber of Commerce (CCL)'s tool "Faro de Fransparencia", the new requirements for the parties and the secretaries of arbitration to avoid conflicts of interest, and the duty of the parties to report on third-party funding.

KEYWORDS: arbitration / corruption / celerity / efficiency / transparency / good practices / arbitral institution / third-party funding

1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje, a diferencia del Poder Judicial, ha sido elegido frecuentemente porque es un proceso mucho más célere, porque participan personas en calidad de decisores que cuentan con la especialidad requerida para dedicar una atención detallada a las cuestiones que van a resolver, porque las partes tienen la facultad de establecer las reglas que consideren cómodas para presentar sus posiciones, entre otros aspectos favorables, lo que no hace sino demostrar que el arbitraje es interesante y eficiente.

Lamentablemente, no todo es color de rosa. En nuestro país comenzaron a presentarse una serie de casos en los que, debido a un uso desmedido y negativo del arbitraje, sirvieron para cometer actos de corrupción a gran escala¹.

En gran medida, debido a estos hechos de conocimiento público, y a otros incidentes nacionales e internacionales que se han presentado en el camino, el arbitraje ha perdido un poco de credibilidad frente a los ciudadanos.

Y no necesariamente ante los ojos de los practicantes o conocedores del arbitraje, pues quienes usamos esta herramienta diariamente comprendemos que se trata de sucesos aislados y generados por personas que le han dado un uso negativo. Pero quienes no están familiarizados caen incorrectamente en la cuenta de que el arbitraje es un mecanismo de solución de controversias para cometer actos de corrupción. No es coincidencia la aparición en nuestro país de normas² y/o proyectos de ley que tratan de regular excesiva e incorrectamente el arbitraje³ para “revertir” estas situaciones.

Lo cierto es que el arbitraje no es perfecto. Dista mucho de serlo. Pero en la actualidad muchas instituciones arbitrales se encuentran maximizando sus esfuerzos para que se pueda volver a confiar en el arbitraje.

1 El caso de Rodolfo Orellana y los arbitrajes que le permitieron a su red criminal adueñarse de predios que pertenecían a terceras personas. La información en el siguiente enlace: <https://ius360.com/algunas-reflexiones-sobre-la-red-criminal-de-rodolfo-orellana/>

De igual manera, el caso Lava Jato, conocido por los arbitrajes en contrataciones públicas en los que participaba Odebrecht, quien sobornaba a funcionarios y, en algunos casos, a árbitros para obtener resultados favorables. La información en el siguiente enlace: <https://www.connectas.org/caso-lava-jato-arbitrajes-a-la-odebrecht/>

2 Como el caso del sumamente cuestionado Decreto de Urgencia 20-2020, que modifica el Decreto Legislativo 1071.

3 Proyecto de Ley 7161/2020-CR, que busca incorporar el artículo 4-A al Decreto Legislativo 1071, que, entre otros aspectos, en los arbitrajes de derecho, exige a los árbitros extranjeros haber validado y/o reconocido sus títulos profesionales por la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (Sunedu).

El objetivo del presente artículo es identificar algunos supuestos que se encuentran en la normativa peruana de arbitraje⁴ y qué herramientas y regulaciones han implementado ciertas instituciones arbitrales nacionales e internacionales a fin de optimizarlo y afianzarlo como un mecanismo de solución de controversias atractivo pero, sobre todo, confiable.

2. EL ARBITRAJE COMO MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS PERFECTIBLE

La lógica procedimental que se encuentra detrás de la normativa que regula el arbitraje en nuestro país reúne principios, reglas y prácticas internacionales que la hacen atractiva en todo el mundo. Lo es porque lo diferencia en gran medida de lo que sería un proceso judicial, que contiene formalismos excesivos, dejando libre a las partes, en gran medida, cómo serán las reglas aplicables a las actuaciones arbitrales.

Sin embargo, el arbitraje no es el mecanismo de solución de controversias perfecto. Más bien, es perfectible en la medida en que ha sido creado por seres humanos. Así, como en cualquier otra materia, en el decurso del uso del arbitraje se van presentando problemas que ameritan una revisión en torno a algunas exigencias y figuras que damos por sentadas o que consideramos que no deberían corregirse.

Por ejemplo, en la práctica, ¿se puede sancionar objetivamente al árbitro por algún mal accionar en el desempeño de sus funciones? Si bien en la normativa de arbitraje peruana encontramos una disposición bastante interesante que señala que, una vez aceptado el encargo, los árbitros y la institución arbitral se encuentran obligados a cumplir el encargo, incurriendo si no lo hicieran en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa inexcusable⁵, se trata de una disposición que tiene poca (o ninguna) aplicación práctica en la realidad, lo que en principio daría un margen bastante amplio a los árbitros para no fomentar la celeridad y la transparencia.

Otro asunto sobre el cual resulta relevante cuestionarse es si el árbitro es el único actor que debe evitar incurrir en situaciones que pongan en duda su imparcialidad e independencia. Esta duda surge en la medida en que la normativa de arbitraje peruana establece que el árbitro debe ser y permanecer durante todo el arbitraje imparcial e independiente, y que sea solo este actor quien deba revelar cualquier circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia⁶. Aunque la

4 Para este trabajo se tomará en cuenta el Decreto Legislativo 1071 (en adelante, Ley de Arbitraje) como punto de partida para identificar qué novedades han sido implementadas en algunas instituciones arbitrales a nivel nacional e internacional.

5 Artículo 32 de la Ley de Arbitraje.

6 Números 1 y 2 del artículo 28 de la Ley de Arbitraje.

normativa circunscribe esta exigencia únicamente al árbitro, más adelante veremos que, poco a poco, se ha ido incluyendo a más actores para cumplir con esta exigencia.

Otra cuestión interesante es la regulación de la confidencialidad en el arbitraje. Así, y salvo pacto en contrario, quienes de alguna u otra forma intervienen en un arbitraje están obligados a guardar confidencialidad sobre las actuaciones arbitrales⁷, salvo cuando se trate de arbitrajes en los que participa el Estado, en donde no se aplica la confidencialidad porque el laudo y las actuaciones arbitrales son públicos una vez se haya concluido con el proceso⁸. Una de las razones por las que los particulares deciden resolver sus controversias en arbitraje es porque sus actuaciones serán confidenciales, aunque comprobaremos que con el progreso del arbitraje la confidencialidad ha dejado de ser una columna inquebrantable, dando paso poco a poco a lo que se conoce como transparencia arbitral.

Por estas situaciones, entre otras más, el arbitraje dista de ser un proceso perfecto. Es razonable, entonces, pensar que el ciudadano haya ido formándose una idea errada de que el arbitraje no es un mecanismo de solución de controversias seguro. No obstante, veremos que en los últimos años algunas instituciones arbitrales han buscado recuperar la confianza en el proceso arbitral y para ello han implementado una serie de regulaciones y herramientas que apuntan a la celeridad y, especialmente, a la transparencia.

3. RECUPERANDO LA CONFIANZA EN EL ARBITRAJE: ÚLTIMAS MODIFICACIONES DE LAS INSTITUCIONES ARBITRALES EN ARAS DE LA CELERIDAD Y LA TRANSPARENCIA

Diferentes instituciones arbitrales han implementado nuevas figuras y exigencias para contribuir con la celeridad y transparencia del arbitraje. A continuación, veremos cuáles son las herramientas y regulaciones que se han incorporado en los últimos años en los reglamentos de algunos de los centros arbitrales más reconocidos a nivel nacional e internacional.

A. Optimizando la celeridad del arbitraje: reglas y calendario de actuaciones arbitrales

El éxito y cumplimiento de la celeridad de un proceso arbitral depende de diversos factores, como la colaboración de las partes, la correcta conducción del arbitraje por parte del tribunal, la existencia de reglas determinadas, entre otros.

7 Numerales 1 y 2 del artículo 51 de la Ley de Arbitraje.

8 Numeral 3 del artículo 51 de la Ley de Arbitraje (modificación introducida por el Decreto de Urgencia 20-2020).

De todos los factores, el más importante es la predictibilidad de las actuaciones arbitrales. Así, en tanto las partes conozcan exactamente las actuaciones arbitrales que se desarrollarán en el proceso y anticipadamente las fechas en las cuales se realizarán, tendremos un arbitraje célere. Con ello, las partes ya no se podrán desviar de la ruta trazada en el calendario de actuaciones arbitrales.

Por tal motivo, en estos últimos años, las instituciones arbitrales han hecho bastante hincapié en que los procesos arbitrales, además de contener reglas que apliquen a estos, cuenten con un calendario de actuaciones arbitrales.

El Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional del 2017 (en adelante, Reglamento CCI 2017) ya exigía en sus arbitrajes que los tribunales arbitrales siempre establezcan un calendario procesal para seguir la conducción del arbitraje⁹.

Debido al impacto positivo de esta medida, muchas instituciones arbitrales, en la actualidad, han optado porque la regla general y obligatoria sea que en todos sus arbitrajes se cuente con reglas de juego; pero, sobre todo, con un calendario de actuaciones arbitrales.

El Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (en adelante, CCL), a fin de hacer más eficientes sus arbitrajes y que pueda cumplirse con el principio de celeridad, el 30 de septiembre del 2020, emitió la Nota Práctica 3/2020 (en adelante, NP3)¹⁰, que recoge las mejores prácticas internacionales y que se elaboró tomando en cuenta sugerencias efectuadas por la comunidad arbitral peruana, a fin de mejorar la calidad y celeridad de sus procesos arbitrales¹¹.

Como aspecto novedoso en pro del arbitraje, este documento exige que, en cada proceso administrado por la CCL, se emitan reglas del arbitraje y, sobre todo, un calendario de actuaciones a consideración de las partes¹². Efectivamente, con la emisión de la NP3, se genera una obligación para los tribunales arbitrales de la CCL de emitir un calendario de actuaciones arbitrales con fechas exactas, es decir, que se establezcan fechas determinadas y de manera anticipada para presentar la demanda y la contestación de la demanda (y, de ser el caso, formular reconvencción y/o excepciones), para contestar la reconvencción

9 Numeral 2 del artículo 24 del Reglamento CCI 2017.

10 Nota Práctica 3/2020 para la conducción célere y eficiente de los arbitrajes, emitida por el Consejo Superior de Arbitraje el 30 de septiembre del 2020. Este documento puede ubicarse en el siguiente enlace: <https://www.arbitrajeccl.com.pe/wp-content/uploads/2020/10/Nota-Pr%C3%A1ctica-No.-3.2020.pdf>

11 Objetivos de la Nota Práctica 3/2020 establecidos por el abogado Luis Bustamante Belaunde, presidente del Consejo Superior de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la CCL.

12 Sección I de la Nota Práctica 3/2020.

y para celebrar audiencias, formular conclusiones finales y emitir el laudo arbitral que ponga fin a la controversia. Tan importante es este calendario de actuaciones que solo se podrá modificar por acuerdo de las partes o por circunstancias especiales debidamente justificadas¹³.

Similar caso encontramos en el Reglamento del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid del 2020 (en adelante, Reglamento CIAM 2020), que establece que la primera decisión que dicta un tribunal arbitral es el acta de misión, que recoge la información de las partes, una exposición sumaria de las pretensiones de las partes, los puntos litigiosos, etcétera, y junto a este documento, o inmediatamente después, y previa consulta a las partes, el tribunal arbitral emite una orden procesal que contiene el calendario de actuaciones arbitrales, que debe ser acordado con el centro¹⁴.

En la misma línea, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú del 2021 (en adelante, Reglamento AmCham 2021) establece que el tribunal arbitral, previa consulta a las partes, debe fijar un calendario de actuaciones arbitrales¹⁵.

Por lo tanto, en estos últimos años se ha generalizado en las instituciones arbitrales una práctica bastante sana y eficiente para maximizar la celeridad de los procesos arbitrales: fijar un calendario de actuaciones arbitrales que previamente determine las actuaciones que se desarrollarán en el arbitraje y las fechas en las que se realizarán.

B. Desincentivando la demora de los árbitros para no incurrir en sanciones pecuniarias

Es indispensable que exista una advertencia de que, si no se hacen las cosas correctamente, como consecuencia habrá una sanción. Ello a fin de que todos los participantes en el arbitraje colaboren para que este pueda desarrollarse de manera eficiente. Y una forma interesante es la propuesta reciente de la CCL de establecer supuestos objetivos en los que se “sanciona pecuniariamente” a los árbitros que contribuyen en la demora de los procesos.

Para entender esto, es importante mencionar que el árbitro asume ciertas obligaciones y deberes de cara a un proceso arbitral.

13 Numeral 1.6 de la sección I de la Nota Práctica 3/2020.

14 Artículo 28 del Reglamento CIAM 2020.

15 Numeral 2 del artículo 28 del Reglamento AmCham 2021.

Una obligación esencial es la de emitir un laudo arbitral. Esta obligación presenta un “aspecto material” y un “aspecto temporal”. En torno al aspecto material, el árbitro debe cumplir con el encargo conferido por las partes: emitir una decisión a través de la cual ponga fin a la controversia o las controversias suscitadas entre aquellas. En atención al aspecto temporal, el árbitro debe emitir el laudo arbitral dentro del plazo fijado para tal efecto. Así, el emitir un laudo arbitral fuera del plazo implica un incumplimiento de esta obligación esencial, lo cual deviene en la anulación de aquel¹⁶.

Por su parte, dentro de sus deberes está que el árbitro no solo sea imparcial e independiente, sino que además cuente con la disponibilidad suficiente para poder prestarle la debida atención al caso que debe resolver. Este último punto es bastante importante, porque el deber de contar con disponibilidad no solo implica “contar con tiempo” para resolver el caso, sino también “contar con tiempo” para conducir correcta y eficientemente el arbitraje.

Aunque parezca paradójico, y al ser la celeridad uno de los pilares del arbitraje, durante mucho tiempo la “disponibilidad” del árbitro no ha sido tomada como un criterio relevante. Son muy poco los casos en los que ha prosperado una “recusación por falta de disponibilidad”. Y ello porque estamos dentro de un ámbito sumamente subjetivo (¿qué factor determina que un árbitro esté incurriendo en demora?).

Sin embargo, recientemente, la CCL ha establecido formas objetivas para “sancionar” pecuniariamente a los árbitros que contribuyan con la demora (o, mejor dicho, no promuevan la celeridad) en los procesos arbitrales, o que simplemente no cumplan con su encargo. Efectivamente, una novedad que nos trae la NP3 de la CCL es que establece parámetros de reducción de honorarios en caso de que un tribunal arbitral (sea unipersonal o colegiado) no emita el laudo arbitral oportunamente¹⁷. En efecto, considera que, en los siguientes supuestos, se deben reducir los honorarios de los árbitros:

- Los honorarios de los árbitros se reducen en un 10 % si el plazo de emisión del laudo final se amplía hasta por quince días hábiles, salvo que el plazo adicional sea pactado por las partes o que el Consejo amplíe el plazo por factores ajenos al control de los árbitros o circunstancias especialmente fundamentadas.

16 Literal g) del artículo 63 de la Ley de Arbitraje.

17 Sección II de la Nota Práctica 3/2020.

- Los honorarios de los árbitros se reducen en un 15 % si el plazo de emisión de laudo final se amplía por más de quince días hábiles, salvo que el plazo adicional sea pactado por las partes o que el Consejo amplíe el plazo por factores ajenos al control de los árbitros o circunstancias especialmente fundamentadas.
- Cuando venza el plazo para emitir el laudo final sin que se haya cumplido con su depósito, los honorarios de los árbitros se reducen en un 100 %.

Entonces, la CCL ha creado novedosamente una fórmula objetiva para “sancionar” pecuniariamente a los árbitros que contribuyan con la demora de los arbitrajes (en que se aplican reducciones de honorarios del 10 % o el 15 %) o que simplemente incumplan su encargo de emitir el laudo arbitral (en que se aplica una reducción del 100 % de los honorarios), lo cual implica un desincentivo para no contribuir en la demora del arbitraje.

C. Regla general: notificaciones y actuaciones arbitrales virtuales

Es común saber que las notificaciones en un proceso (sea judicial o arbitral) se han efectuado a los domicilios físicos de las personas. Esta siempre ha sido la regla general. Sin embargo, recientemente las instituciones arbitrales han fijado como regla *sine qua non* la notificación virtual.

La normativa peruana de arbitraje establece una secuencia determinada para notificar un documento o comunicación a una parte de un proceso: (i) entrega personal al destinatario, (ii) domicilio de la parte, (iii) residencia habitual y (iv) lugar de actividades principales. Luego, precisa que también será válida la notificación o comunicación realizada por fax u otro medio de telecomunicación electrónico¹⁸.

Se observa que la principal manera de notificar siempre ha sido dirigir la comunicación al domicilio físico de la persona, aunque, agotada esta posibilidad, podría realizarse también a través de medios electrónicos. Tenemos que, en la práctica, la regla general de notificación fue hasta hace poco la física.

No obstante, esta manera de notificar o enviar comunicaciones a una parte ha variado debido a la pandemia generada por el COVID-19, que afectó en diversos aspectos, como salud, economía, política, administración de justicia, etcétera.

En los procesos judiciales y arbitrales se volvió una carrera obligatoria adecuar la manera de administrar justicia aplicando las metodologías y técnicas virtuales. Por esta razón, ahora, la regla por excelencia es la notificación virtual.

18 Literal a) del artículo 12 de la Ley de Arbitraje.

Un ejemplo de ello es que la CCL, con carácter urgente, a fin de continuar administrando sus procesos arbitrales, implementó los medios virtuales como regla general para presentar y notificar documentos. Efectivamente, en su Nota Práctica 1/2020, emitida el 25 de abril del 2021¹⁹, estableció lo siguiente:

- i. que las solicitudes de arbitrajes se presenten a través de su mesa de partes virtual;
- ii. que las actuaciones arbitrales se notifiquen a las direcciones electrónicas señaladas por las partes;
- iii. que se comunique a un árbitro su designación únicamente a su correo electrónico;
- iv. que las reglas que establezcan los tribunales arbitrales sean acordes con la conducción del arbitraje por medios virtuales;
- v. que las conferencias, reuniones y audiencias no sean presenciales y que se realicen a través de plataformas virtuales, y
- vi. que los laudos arbitrales y las resoluciones integrantes del laudo se emitan virtualmente y sean notificados a los correos electrónicos de las partes.

En la misma línea, el Reglamento CIAM 2020 establece que las comunicaciones y los documentos “se presentará[n] en formato digital y será[n] remitid[os] por vía electrónica”²⁰ y que la comunicación se considerará recibida por la parte respectiva el día que haya sido “recibida en su dirección electrónica”²¹.

Como se observa, actualmente la regla general es la notificación virtual, y solo si se presentan problemas en la recepción de documentos por este medio se recurrirá a la notificación física²².

La CCI no ha sido ajena a este cambio, y es muy clara cuando señala que

en cuanto a la conducción de los procedimientos, las modificaciones del 2021 reconocen el aumento del uso de la tecnología en los arbitrajes, tales como la transmisión de la Solicitud de Arbitraje y la Contestación por medios electrónicos (Artículos 4 y 5) y la posibilidad de que el tribunal arbitral determine que las audiencias puedan celebrarse de forma remota previa consulta a las partes (Artículo 26(1))²³.

19 Este documento puede ubicarse en el siguiente enlace: <https://www.arbitrajeccl.com.pe/wp-content/uploads/2020/04/Nota-practica-N-1-2020.pdf>

20 Numeral 1 del artículo 3 del Reglamento CIAM 2020.

21 Literal a) del numeral 8 del artículo 3 del Reglamento CIAM 2020.

22 Literal b) del numeral 2 del artículo 6 del Reglamento AmCham 2021.

23 Sección “Arbitraje” del prefacio del Reglamento CCI 2021 [nota al pie del autor].

De esta manera, debido a circunstancias que han obligado a utilizar los medios tecnológicos para continuar administrando justicia, ahora la regla general de notificación de cualquier documento es la vía electrónica, lo cual contribuye de manera positiva a evitar los tiempos muertos en el arbitraje y optimizar su celeridad.

D. Un “nuevo” actor en el arbitraje: la secretaría administrativa, a cargo y costo del tribunal

La secretaría administrativa es una figura “novedosa”²⁴ contemplada en algunos reglamentos de las instituciones arbitrales y que reformula de manera abrupta la labor que usualmente desempeñaba la secretaría de la institución arbitral. Elimina la idea de que la secretaría de la institución arbitral tenga el deber de apoyar directamente al tribunal arbitral en la conducción de los arbitrajes, ya sea notificando sus comunicaciones y/o decisiones, sus ampliaciones de declaración, asistiéndolo en la elaboración de proyectos de resoluciones, entre otras funciones; estableciendo que sea el tribunal arbitral, a su propio costo y riesgo, quien designe a la persona que lo apoyará en estas labores; y, por supuesto, asumiendo la responsabilidad que genere la actuación del secretario administrativo, lo cual impulsa a que el tribunal arbitral sea más cuidadoso y eficiente en la conducción del proceso.

Para ello, es relevante recordar que la diferencia entre un arbitraje *ad hoc* y un arbitraje institucional es que en el primero el tribunal arbitral conduce directamente el arbitraje, mientras que en el segundo es una institución arbitral quien organiza y administra el proceso²⁵.

En los arbitrajes *ad hoc*, frecuentemente, es el presidente del tribunal arbitral (o, en su caso, el árbitro único) quien designa a un secretario arbitral para que le preste su apoyo en la conducción del arbitraje y sirva de intermediario entre las partes y los árbitros. A este se le denomina “secretario *ad hoc*”, y comúnmente las partes además de solventar los honorarios de los árbitros también remuneran la labor del “secretario *ad hoc*”²⁶.

24 Cabe precisar que la figura de secretaría administrativa es novedosa en nuestro país; no obstante, presenta la misma dinámica que en un arbitraje administrado por la CCI o por CIADI, en donde el tribunal arbitral es quien conduce directamente el proceso y no a través de la secretaría arbitral del centro.

25 Artículo 7 de la Ley de Arbitraje

26 Cabe precisar que esta es una práctica que se ha recogido del proceso judicial, en donde existe la figura del “secretario judicial”, quien asiste directamente en el trámite al juez (proyectando las resoluciones, los oficios, etcétera). Es curioso mencionar que el pago al secretario *ad hoc* no se encuentra exigido en ningún extremo de la Ley de Arbitraje, aunque en los arbitrajes *ad hoc* domésticos sea una costumbre.

En el caso de un arbitraje institucional, la institución arbitral es quien presta sus servicios de infraestructura, reglamentario, y para ello designa un representante que acompañará y apoyará en la administración del proceso al tribunal arbitral. A este se le denomina “secretario de la institución arbitral”. En la práctica, el secretario de la institución arbitral es quien apoya directamente al tribunal arbitral en la conducción del proceso, y la demora que se generaba en el arbitraje podía ser atribuida por el tribunal a la secretaría de la institución arbitral.

Sin embargo, en la actualidad, algunas instituciones arbitrales han implementado una nueva figura: la secretaría administrativa.

Por ejemplo, el Reglamento AmCham 2021 contempla la figura de la secretaría administrativa, identificándola como “la persona nombrada por el tribunal arbitral, a su cuenta y costo, para asistirlo durante el desarrollo del arbitraje”²⁷, y precisando que “en ningún caso las partes asumirán el costo de este secretario ni este adoptará las decisiones ni ejercerá funciones propias de un árbitro”²⁸.

Vemos que la secretaría administrativa es una figura creada para permitirle al tribunal arbitral de un caso asistirse de una persona (que podría ser de una determinada profesión o simplemente no tenerla, pues no se establece ningún requisito para ser secretario administrativo) en las labores de trámite y conducción del arbitraje.

Esta figura se distingue del administrador del caso, personal de la institución arbitral, quien tiene únicamente la función “de supervisar el cumplimiento del Reglamento de Arbitraje y los plazos establecidos en los arbitrajes a su cargo y de colaborar con el tribunal arbitral en la organización del arbitraje”²⁹. Ahora, en algunos centros de arbitraje, el administrador del caso (o secretario de la institución arbitral) ya no tiene la obligación de asistir en las tareas organizativas ni propias de la conducción al tribunal arbitral.

El Reglamento CIAM 2020 también ha incorporado la figura de la secretaría administrativa, siendo más preciso en la labor que desempeña:

Las tareas administrativas, organizativas y de apoyo que se le encomienden por los árbitros, tales como la transmisión de comunicaciones en nombre de los árbitros, la organización y custodia de la copia del expediente arbitral hasta la finalización del procedimiento, la organización de audiencias y reuniones

27 Definición r) del artículo 2 del Reglamento AmCham 2021.

28 Numeral 3 del artículo 27 del Reglamento AmCham 2021.

29 Artículo 10 del apéndice I, “Estatuto del Centro Internacional de Arbitraje”, del Reglamento AmCham 2021.

del tribunal, la asistencia a audiencias, reuniones y deliberaciones, la elaboración de notas escritas o memorandos, o las correcciones formales en órdenes procesales y laudos. La preparación por el secretario administrativo de notas escritas o memorandos no eximirá a los árbitros de su deber personal de revisar el expediente y de redactar cualquier decisión³⁰.

En el caso del Reglamento CIAM 2020 es más restrictiva la participación del secretario administrativo en un caso, ya que el tribunal tiene la obligación de proporcionar un curriculum vitae a las partes del candidato a ser secretario administrativo³¹ y su participación depende exclusivamente del consentimiento de las partes³². Esto se debe a que el secretario administrativo en dicha institución arbitral adquiere un papel más protagónico, debido a las funciones que puede desempeñar, y por lo tanto es pasible de ser recusado³³.

Es el tribunal arbitral quien corre por su cuenta en la designación y pago del secretario administrativo³⁴, ya no las partes o la institución arbitral, y por lo tanto es responsable de los defectos en los que este incurra³⁵. Así, la demora del secretario administrativo es la demora del tribunal arbitral.

Así pues, con estas implementaciones, el tribunal arbitral cuenta con menor margen de justificación ante alguna irregularidad generada por quien le presta el servicio de apoyarlo en el trámite y conducción del proceso: el secretario administrativo. Más adelante veremos que incluso esta figura se encuentra sujeta al deber de imparcialidad e independencia³⁶.

De lo señalado, se aprecia que en algunas instituciones arbitrales se ha incluido un nuevo actor en el arbitraje: la secretaría administrativa, la cual corre a cuenta y riesgo del tribunal arbitral, y que es designada por los árbitros para que los asista directamente en las funciones administrativas y de trámite que permitan hacer más eficiente el arbitraje, y en caso de que se genere alguna demora será el tribunal quien directamente asuma la responsabilidad de esta.

30 Numeral 4 del artículo 15 del Reglamento CIAM 2020 [nota al pie del autor].

31 Numeral 2 del artículo 15 del Reglamento CIAM 2020.

32 Segundo párrafo del numeral 1 del artículo 15 del Reglamento CIAM 2020.

33 Numeral 6 del artículo 15 del Reglamento CIAM 2020.

34 Numeral 7 del artículo 15 del Reglamento CIAM 2020.

35 Numeral 3 del artículo 15 del Reglamento CIAM 2020.

36 Sección F del presente artículo.

E. Información para verificar la calidad de los árbitros: Faro de Transparencia

Una novedad que ha sido bastante aplaudida por la comunidad arbitral es la implementación del Faro de Transparencia por parte de la CCL. Con esta herramienta es posible identificar cuántos arbitrajes tiene o tuvo un árbitro, si algún laudo ha sido anulado o no, si se le ha formulado recusación y cuál ha sido el desenlace de este, si ha sido sancionado, entre otra información relevante.

El arbitraje siempre ha sido sinónimo de confidencialidad. Y ello en la medida en que una de las razones por las que las partes deciden pactar un convenio arbitral y no acudir a un proceso judicial es que las controversias y lo que se discuta se mantendrían en secreto y solo serían conocidos por quienes han intervenido en el arbitraje.

Esta manera de entender el arbitraje generó, por mucho tiempo, que no pueda darse paso a la transparencia de las actuaciones arbitrales porque se caía siempre en la idea candado de que la confidencialidad era un pilar inquebrantable. Poco a poco se fueron presentando situaciones en las que relucía un problema constante: ¿en nombre de la confidencialidad se va a ocultar información a las partes, quienes tienen el derecho de ser juzgadas por árbitros que deben mantenerse imparciales e independientes y que tienen la obligación de revelar cualquier circunstancia que ponga en tela de juicio estas cualidades?

No obstante, esta característica se ha ido diluyendo en tanto en cuanto el arbitraje se ha ido adaptando a las nuevas exigencias. Comienza a darse paso al principio de transparencia arbitral. Efectivamente, desde hace algunos años poco a poco diversas asociaciones e instituciones relacionadas con el arbitraje han ido exigiendo que se brinde y maneje más información respecto a quienes intervienen en los casos para cumplir con estándares elevados de transparencia.

Solo por dar un ejemplo, de los muchos esfuerzos institucionales, la International Bar Association (IBA)³⁷ ha plasmado en sus diversas publicaciones cuáles son las buenas prácticas que se desarrollan en los arbitrajes internacionales, en aras de encontrarnos frente a un arbitraje sano, libre de cualquier cuestionamiento.

A esta labor recientemente se ha sumado la CCL, que a fines del 2019 lanzó al mercado el Faro de Transparencia³⁸.

37 Entre sus publicaciones más importantes, cuenta con las Directrices de la IBA sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional, las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional, las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, entre otras.

38 El Faro de Transparencia se encuentra en el siguiente enlace: <https://www.arbitrajeccl.com.pe/farodetransparencia>

Con esta novedosa herramienta se ha hecho mucho más énfasis en que el camino al cual nos dirigimos es uno donde la transparencia sea el pilar, evidentemente sin desconocer la confidencialidad característica del arbitraje. Y, ¿cómo se puede ser transparente sin conflictuar con la confidencialidad? Justamente eso es lo que muestra el Faro de Transparencia. Este brinda información puntual del 2012 en adelante, sin afectar la confidencialidad, sobre los árbitros para el interés de los usuarios del arbitraje (partes, abogados, etcétera):

- Lista de árbitros nacionales e internacionales.

En esta sección se encuentran los nombres y la información específica (como especialidad, universidad, experiencia profesional y si ejerce docencia) de cada uno de los profesionales que conforman la nómina de árbitros de la CCL.

- Los árbitros que conforman los tribunales arbitrales en los casos que administra la CCL.

Al ingresar a esta ficha se podrá buscar la siguiente información de los profesionales que conforman la nómina de árbitros de la CCL: (i) el número de casos en los que se encuentran participando o han participado en el pasado y el estado actual de estos; (ii) el cargo que desempeñaron o desempeñan en dichos arbitrajes, bien sea cómo árbitros de parte o como presidentes del tribunal arbitral/árbitro único; (iii) los nombres de los árbitros con quienes comparten o compartieron los tribunales arbitrales, y los nombres de los estudios de abogados patrocinantes de las partes demandante y demandada; (iv) el número de veces que fueron recusados, y (v) el tiempo promedio para la emisión de un laudo.

Como se observa, esta sección es importante para que una parte pueda designar a un árbitro que cumpla con ser celeré y que no presente un potencial conflicto de interés en el proceso; pero, sobre todo, para que una parte identifique si el árbitro designado por otra parte o el presidente del tribunal arbitral realmente cumple con revelar situaciones que comprometan o no su deber de ser imparcial e independiente.

- Sanciones recibidas por los árbitros.

Una vez dentro de esta sección, el usuario podrá identificar la relación de los árbitros sancionados por el Consejo Superior de Arbitraje de la CCL, y conocer los motivos y las sanciones impuestas.

- **Laudos anulados.**

El usuario, al ingresar a esta opción, encontrará la información de los laudos arbitrales que fueron anulados, independientemente de si se trata de arbitraje entre privados o con el Estado.

- **Laudos de casos en los que haya participado una entidad estatal.**

En esta sección, únicamente identificando el nombre de la parte o del árbitro que quiera buscarse se podrá ubicar el laudo (y, de ser el caso, la respectiva decisión que resuelva las solicitudes de laudo) emitido en determinado arbitraje. Es una herramienta más práctica que la proporcionada por el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (Seace) para identificar rápidamente respecto a quiénes han participado en un arbitraje con el Estado.

- **Reseñas sobre laudos en materia comercial.**

En esta última sección el usuario podrá encontrar reseñas sobre algunos casos comerciales, en que de manera resumida y anónima se muestra el desarrollo y las actuaciones de un caso arbitral en específico, para fines académicos.

El Faro de Transparencia, herramienta puesta a disposición del público por la CCL, ha sumado al aporte de varias organizaciones involucradas en el arbitraje, para generar más confianza y transparencia en el arbitraje. Gracias a esta herramienta, en la actualidad los usuarios cuentan con información (que antes era imposible obtener) de los árbitros, con la finalidad de evaluar sus pros y contras ante una potencial designación.

F. Conflicto de interés en torno a la representación de partes y al secretario de un arbitraje

Con el tiempo, tener un arbitraje totalmente transparente (o que cumpla con estándares que permitan verificar que es lo suficientemente transparente) se ha vuelto un requisito esencial. Por esta razón, la exigencia de la imparcialidad e independencia se ha extendido ahora a los representantes y a los secretarios de un arbitraje.

Es un hecho que se debe evitar algún tipo de conflicto de interés que perjudique el proceso arbitral. Por esta razón, se impone como deber a los árbitros que sean imparciales e independientes y que cumplan a cabalidad con revelar cualquier circunstancia que pondría en tela de juicio su participación en el arbitraje.

Era tradición que el árbitro fuera el único que debía cumplir con ser imparcial e independiente, dada la importancia de su función en el arbitraje. No obstante, con la constante práctica arbitral, la transparencia ha ido jugando un papel bastante importante y el deber en mención se ha ido extendiendo a otros actores.

Efectivamente, en las Reglas de la International Bar Association sobre Conflicto de Intereses en Arbitraje Internacional del 2014 (en adelante, Reglas IBA 2014) se extendió la aplicación de sus directrices hacia los secretarios de un arbitraje y se precisó que también debían cumplir con ser y mantenerse imparciales e independientes durante todo el arbitraje, bajo responsabilidad del tribunal arbitral³⁹, y la obligación de cualquiera de las partes de informar, lo antes posible, de cualquier relación que pudiera haber entre una parte (o sus representantes) y el árbitro⁴⁰.

Resulta lógico pensar que, a mayor cantidad de controversias resueltas en arbitraje, cada vez se exijan más altos estándares de revelación; de lo contrario, el arbitraje dejaría de ser un mecanismo de solución de conflictos seguro. Por ello, en estos últimos años, reglamentos arbitrales de diversas instituciones han modificado sus regulaciones con el objetivo de generar más confianza a los usuarios respecto a la calidad de sus arbitrajes.

El Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional del 2021 (en adelante, Reglamento CCI 2021) ha tomado parte importante en esta carrera hacia la maximización de la transparencia. Ahora no solo faculta al tribunal arbitral o la secretaría para que en cualquier momento del proceso requieran a una parte que pruebe su representación o informe algún cambio⁴¹, sino que va más allá en aras de evitar cualquier conflicto de interés que perjudique al arbitraje por culpa de su representación, que en el peor de los casos consiste en excluir del proceso a los nuevos representantes de las partes de todo o de una parte de las actuaciones⁴².

Junto con estos interesantes cambios, y como se mencionó líneas arriba, se ha implementado en los actuales reglamentos arbitrales del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid y de la Cámara de Comercio Americana del Perú, adicionalmente, que la secretaría administrativa cumpla con el deber de ser y permanecer imparcial e independiente. Tenemos lo siguiente:

39 Literal b) del numeral 5 (“Ámbito de aplicación”) de las Reglas IBA 2014.

40 Numeral 7 (“El deber de las partes y del árbitro”) de las Reglas IBA 2014.

41 Numeral 1 del artículo 17 del Reglamento CCI 2021.

42 Numeral 2 del artículo 17 del Reglamento CCI 2021.

- El Reglamento CIAM 2020 señala que “el secretario administrativo se encontrará sujeto a los mismos estándares de imparcialidad e independencia que los árbitros”⁴³.
- El Reglamento AmCham 2021 precisa que “el secretario [administrativo] deberá realizar una declaración de imparcialidad e independencia que deberá ser notificada a las partes”⁴⁴.

Entonces, poco a poco se han ido implementando mayores exigencias y estándares de transparencia para que el arbitraje se mantenga como un mecanismo de solución de conflictos de confianza para los usuarios. Para lograr este objetivo, diversas instituciones arbitrales han introducido cambios con la finalidad de que las partes colaboren con la transparencia del arbitraje y que los nuevos actores como la secretaría administrativa deban efectuar una declaración de imparcialidad e independencia, manteniendo este estándar a lo largo del proceso.

G. Obligación de informar sobre la financiación de terceros (*third-party funding*)

Debido a la proliferación de la figura del *third-party funding* (o tercero financiador), el arbitraje se ha visto en la necesidad de regular el impacto que podría tener dicha figura en la transparencia del arbitraje. De esa manera, la práctica arbitral poco a poco exige que las partes informen sobre la existencia de la financiación de terceros a fin de que los árbitros puedan cumplir de una mejor manera con su deber de declarar sobre algún conflicto de interés que ponga en duda su imparcialidad e independencia.

En términos simples, a través del *third-party funding*, uno o varios terceros (personas naturales o jurídicas) buscan financiar total o parcialmente a una parte de un proceso (en este caso, de arbitraje) respecto a los gastos en que se va a incurrir por la tramitación de este. Así, el tercero asume el pago de los gastos arbitrales (e incluso los gastos de la defensa legal) de una determinada parte a cambio de un beneficio económico que dependerá del reconocimiento de los reclamos en el laudo arbitral.

Aunque desde hace mucho ha existido la figura de financiación de terceros (en un proceso arbitral o judicial), en la práctica se observaba que la participación de empresas en la financiación de una parte suponía la existencia de un posible conflicto de interés y que era necesario que se informara sobre la existencia de las financiadoras para evitar alguna afectación a la imparcialidad e independencia de los árbitros.

43 Numeral 3 del artículo 15 del Reglamento CIAM 2020.

44 Numeral 3 del artículo 27 del Reglamento AmCham 2021.

De hecho, hace algún tiempo las Reglas IBA 2014 hicieron hincapié en los eventuales conflictos de intereses que se generan por los terceros financiadores y las aseguradoras, quienes podían tener un interés económico en el resultado del laudo⁴⁵.

A causa de todo lo anterior, en varios reglamentos actualmente se ha implementado la obligación hacia las partes de informar, lo más pronto posible, la existencia e identidad de cualquier tercero que haya celebrado un acuerdo para la financiación.

Por ejemplo, en el Reglamento CCI 2021 se ha regulado la exigencia hacia las partes de “informar con prontitud ... la existencia e identidad de cualquier tercero que haya celebrado un acuerdo para la financiación de demandas o las defensas, en el marco del cual tenga un interés de carácter económico sobre el resultado del arbitraje”⁴⁶.

En la misma línea, el Reglamento AmCham 2021 ha incluido tal exigencia precisando que esta implementación tiene por finalidad “contribuir con el deber de revelación de los árbitros”⁴⁷.

El Reglamento CIAM 2020 es más enfático en exigir a la parte demandante que, en su solicitud de arbitraje, informe sobre la existencia del tercero financiador⁴⁸, y da la posibilidad al tribunal arbitral de que exija a las partes no solo que revelen la identidad de la empresa financiadora, sino la información que considere oportuna⁴⁹.

Surge la duda de hasta qué punto se puede exigir a las partes respecto a la financiación. Es decir, ¿el tribunal podrá solicitar a una parte que incluso revele los términos del acuerdo de financiación? ¿Ello no implicaría una afectación a la confidencialidad del acuerdo entre la parte del arbitraje y el tercero financiador?

Esta cuestión es bastante discutida en la actualidad. Sin embargo, poco a poco, en la práctica arbitral, se irá definiendo cuál es el límite de la exigencia de revelación de la financiación hacia una parte. Lo importante es que las nuevas regulaciones de las instituciones arbitrales se dirigen a un arbitraje más transparente.

45 Literal b) de la sección 6 (“Relaciones”) de las Reglas IBA 2014.

46 Numeral 7 del artículo 11 del Reglamento CCI 2021.

47 Numeral 5 del artículo 3 del Reglamento AmCham 2021.

48 Literal f) del numeral 2 del artículo 5 del Reglamento CIAM 2020.

49 Artículo 23 del Reglamento CIAM 2020.

Pues bien, estas son las herramientas y las regulaciones que ofrecen algunas de las instituciones arbitrales más reconocidas de nuestro país y a nivel mundial para asegurar que el proceso arbitral cumpla con ser eficiente.

4. CONCLUSIONES

No resulta sorprendente afirmar que el arbitraje es elegido como mecanismo de solución de controversias debido a las distintas características positivas que presenta frente a lo que ofrece el Poder Judicial.

A pesar de esta situación, el arbitraje ha sufrido algunas caídas que han generado un poco de desconfianza y que se satanice como una alternativa para cometer actos de corrupción o ilícitos en general. Nada más alejado de la realidad para quienes conocemos a detalle cómo funciona el proceso arbitral. Sin embargo, objetivamente frente a los ojos de los ciudadanos el arbitraje ha perdido un poco de credibilidad. Al final del día, lo ocurrido se debe a que el arbitraje es perfectible, y solo la práctica permite ver en qué se está fallando y cómo se puede solucionar.

En esta tarea por devolver esa confianza al arbitraje, algunas instituciones nacionales e internacionales, como principales promotores del arbitraje, han implementado mecanismos para que este proceso sea más transparente y cumpla con ser célere. Poco a poco van recuperando la confianza en el arbitraje.

REFERENCIAS

- Algunas reflexiones en torno a la red criminal de Rodolfo Orellana.* (2014, 16 de noviembre). IUS 360. <https://ius360.com/algunas-reflexiones-sobre-la-red-criminal-de-rodolfo-orellana/>
- Moreno, L., & Cabral, E. (2016, 6 de diciembre). *Caso Lava Jato: arbitrajes a la Odebrecht.* Connectas. <https://www.connectas.org/caso-lava-jato-arbitrajes-a-la-odebrecht/>
- Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú. (2021).
- Reglamento del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid. (2020).
- Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. (2017).
- Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. (2021).
- Reglas de la International Bar Association sobre Conflicto de Intereses en Arbitraje Internacional. (2014).

BIBLIOGRAFÍA

Decreto de Urgencia 20-2020, que modifica el Decreto Legislativo 1071. (2020, 23 de enero).

Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje. (2008, 1 de septiembre).

BALANCE DEL ARBITRAJE: A LOS VEINTICINCO AÑOS DE SU ENTRADA EN VIGENCIA

GONZALO GARCÍA CALDERÓN MOREYRA*

Universidad de Lima, Lima, Perú

Recibido: 19 de noviembre del 2021 / Aceptado: 20 de enero del 2022

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2022.n054.5937>

RESUMEN. El presente artículo desarrolla la evolución normativa del arbitraje en el Perú y las fuentes a partir de las cuales se formuló. El autor describe el tratamiento, las características y los tipos de arbitraje regulados a la fecha para, finalmente, realizar una evaluación sobre la problemática actual y los avances que ha tenido este método de solución de controversias a veinticinco años de la entrada en vigor del cuerpo normativo actual, esto es, el Decreto Legislativo 1071.

PALABRAS CLAVE: arbitraje / arbitraje internacional / convenio arbitral / árbitros / tipos de arbitraje

ASSESSMENT ON ARBITRATION: 25 YEARS AFTER ITS INSTITUTION

ABSTRACT. This article explains the evolution of arbitration law in Peru and identifies its sources. The author describes the treatment, characteristics, and types of arbitration regulated to date and offers an evaluation of the current problems and advances this method of dispute resolution has had in the twenty-five years since the entry into force of the current regulation, that is, Legislative Decree 1071.

KEYWORDS: arbitration / international arbitration / arbitration agreement / arbitrator / types of arbitration

* Abogado y magíster en Derecho Internacional Económico por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Comisión Reformadora de la Ley de Títulos y Valores y de la Ley de Arbitraje. Exdirector de la Cámara de Comercio de Lima, ex teniente alcalde de San Isidro, árbitro internacional y nacional de la lista de la Cámara de Comercio de Lima, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Cámara de Comercio Americana del Perú (AmCham), del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), entre otros.

1. INTRODUCCIÓN

El 5 de enero de 1996 se publicó la Ley 26572, Ley General de Arbitraje, la cual tenía una sección dedicada al arbitraje nacional o doméstico y una sección dedicada al arbitraje internacional. Esta norma derogó la Ley 25935, la que a su vez derogó los artículos del Código Civil vigente de 1984 (artículos 1906 a 1922) respecto a los contratos denominados de cláusula compromisoria y compromiso arbitral ubicados en el libro VII del referido cuerpo legal. Sin temor a equivocarnos podemos afirmar que el desarrollo del arbitraje moderno en el Perú ocurre con la vigencia de la promulgación de la Ley 26572, que recoge como base de su desarrollo normativo la Ley Modelo de Naciones Unidas para el Desarrollo del Comercio Internacional, conocida como Ley Modelo UNCITRAL. Esta norma, promulgada en 1996 —es decir, hace veinticinco años—, permite efectuar un balance al día de hoy del arbitraje en nuestro país, más aún teniendo actualmente como ley que regula el arbitraje en nuestro país al Decreto Legislativo 1071, promulgado en el 2008 y que no es más que una continuación, con base en los mismos principios recogidos en la ley derogada.

Es importante señalar que, además de estas normas que regulan el arbitraje privado, el Estado quiso participar de la modernidad permitiendo que los conflictos derivados de la contratación estatal sean resueltos por este mecanismo eficiente y célere, en lugar de someterlos al Poder Judicial, y así, bajo el manto de la Ley 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, estableció el arbitraje en materia de contrataciones de obras, bienes y servicios.

Es relevante destacar que la Constitución de 1993, tomando en cuenta lo señalado en la Constitución de 1979, en su artículo 139, recoge la institución arbitral y le da la categoría de jurisdicción excepcional independiente de la ordinaria y la militar.

También, a fines de los años noventa, el Estado ratificó el Tratado de Washington de 1965, el cual creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), y reconoció que la inversión extranjera que apostara capital en suelo peruano sometería sus controversias en la vía arbitral mediante arbitraje internacional.

En 1996, cuando se dictó la Ley General de Arbitraje, aún existía el ruido político-jurídico de lo sucedido en el Perú durante el gobierno del general Velasco veinte años atrás, cuando un grupo de políticos y juristas y algunos miembros de lo que hoy se denomina sociedad civil se opusieron tenazmente a la suscripción de contratos con cláusulas arbitrales por considerar que se atentaba contra la soberanía nacional, al permitir que los conflictos entre el Estado y los inversionistas fueran derivados a una jurisdicción privada distinta a la estatal. Estos hechos se generaron por la suscripción de los contratos de préstamo con bancos japoneses para la construcción del oleoducto norperuano, que debía traer el petróleo encontrado en la selva hacia la costa peruana.

Más atrás también estaba el recuerdo del laudo de la Brea y Pariñas, igualmente relacionado con recursos petroleros. Estos antecedentes llevaron a que en el Perú la aceptación del arbitraje llegara con muchos años de retraso de lo que ya venía gestionándose y aplicándose a nivel mundial. En un mundo ya globalizado el arbitraje venía siendo utilizado como una herramienta importante en las transacciones comerciales y era un incentivo para los inversionistas extranjeros el poder invertir en un Estado en el que, ante cualquier decisión que pudiera ser considerada atentatoria contra sus inversiones por decisiones políticas, económicas o jurídicas que afectasen la estabilidad o los contratos suscritos, estos podían ser resueltos por un neutral que fuera ajeno a las jurisdicciones de las partes en conflicto mediante el arbitraje administrado por una institución independiente.

Como primera conclusión de este balance, cabe señalar que al haber ratificado el Perú el Tratado de Washington de 1965 se dio un salto cualitativo para permitir la inversión extranjera en nuestro país. Y también fue muy beneficioso para el arbitraje privado internacional que el Perú ratifique la Convención de Nueva York de 1958, así como la Convención de Panamá de 1975, que permiten que los laudos o sentencias arbitrales expedidos en el extranjero puedan ser reconocidos y homologados en nuestro país.

Asimismo, la incorporación legislativa de una ley específica sobre arbitraje, la cual recogía la Ley Modelo UNCITRAL, llevó al desarrollo paulatino de esta institución en nuestro País.

2. DEFINICIÓN

Es bueno recordar que la institución arbitral es el sistema privado de arreglo de diferencias en virtud del cual las partes de una determinada relación jurídica, sea contractual o extracontractual, acuerdan someter sus diferencias (ya nacidas o futuras) al juicio de particulares imparciales que ellos mismos eligen en forma directa o indirecta para que resuelvan el conflicto con base en derecho o equidad y a cuyo fallo se someten de manera definitiva e irrecurable.

La legislación distingue entre: (A) un arbitraje nacional y un arbitraje internacional, (B) un arbitraje *ad hoc* y un arbitraje institucional o administrado y (C) un arbitraje de derecho y un arbitraje de equidad o conciencia.

- A. En el primer supuesto —es decir, cuando estamos frente a un arbitraje internacional versus uno nacional—, la principal característica es que en el arbitraje internacional existen elementos extranjeros relevantes en la relación jurídica que lo conectan con dos o más legislaciones, mientras que en el arbitraje nacional todos los elementos están vinculados a un solo ordenamiento jurídico.

La legislación nacional ha establecido de manera precisa cuándo considera anclar al arbitraje en el ámbito internacional y ha fijado solo tres elementos

para ello. En efecto, el artículo 5 de la ley vigente señala que un arbitraje será internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes características:

- a. Si las partes en un convenio arbitral tienen, al momento de la celebración de ese convenio, sus domicilios en estados diferentes.
- b. Si el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a este, está situado fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios.
- c. Si el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto de la controversia tiene una relación más estrecha, esté situado fuera del territorio nacional, tratándose de partes domiciliadas en el Perú.

Escribimos hace más de diez años en un libro sobre arbitraje internacional lo siguiente:

Nuestra legislación precisa el domicilio como factor de conexión para considerar a un arbitraje como de naturaleza internacional, señalando que, si una de las partes tiene más de un domicilio se tomará en cuenta el que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral, y si no tiene domicilio se tomará en cuenta su residencia habitual. Sin embargo, no define qué debemos entender por el factor de conexión denominado "domicilio" ni el factor de conexión denominado "residencia habitual". (García Calderón Moreyra, 2004)

Cabe señalar que aún se encuentra pendiente que el legislador precise dichos conceptos.

- B. La diferencia entre un arbitraje de derecho y uno de equidad o de conciencia se debe a la norma jurídica aplicable al caso. En el arbitraje de conciencia el árbitro resuelve de acuerdo con su leal saber y entender sin necesidad de aplicar norma legal alguna. La legislación nacional señala que para ser árbitro en un arbitraje nacional que deba decidirse de acuerdo a derecho se requiere ser abogado, salvo pacto en contrario.
- C. El arbitraje será *ad hoc* en la medida en que sea organizado y conducido directamente por el tribunal arbitral, mientras que será institucional cuando sea organizado y administrado por una institución arbitral.

Es necesario destacar que, en el caso de que las partes no hayan señalado el tipo de arbitraje que desean, se presume que será un arbitraje de derecho y *ad hoc* en caso de que no señalen una institución arbitral.

3. CARACTERÍSTICAS

El arbitraje tiene características propias que lo distinguen. A saber:

- i. Se trata de un medio privado de solución de conflictos.
- ii. Se resuelven disputas en la medida en que estén permitidas por la ley.
- iii. Se acude a la vía arbitral por decisión de las partes involucradas en la controversia.
- iv. Los árbitros deben ser neutrales y serán elegidos por las partes o los terceros con facultades delegadas por las partes.
- v. Los árbitros deben aceptar el encargo conferidos por las partes.
- vi. Los árbitros pueden resolver sobre la base de normas jurídicas determinadas (arbitraje de derecho) o con base en su leal saber y entender (arbitraje de conciencia o de equidad).
- vii. Ha de existir un procedimiento para que las partes expresen su posición y/o sus exposiciones de defensa, debiéndose respetar el debido proceso.
- viii. La solución que dicten los árbitros es definitiva, inapelable y de obligatorio cumplimiento.
- ix. El Poder Judicial no interviene en el desarrollo del arbitraje, salvo de manera posterior a su finalización, vigilando que el convenio arbitral, la designación de los árbitros, el procedimiento arbitral y el laudo estén dentro del marco de la legalidad y formalidad establecida por las partes y por la ley.
- x. El laudo debe ser ejecutado según sus propios términos, y el Poder Judicial está prohibido de perturbar su ejecución.

Hoy en día en el Perú hemos dejado atrás el temor a la globalización jurídica y a la exclusividad en la administración de justicia para entrar en una justicia transnacional con árbitros de cualquier nacionalidad que resuelven conflictos tanto domésticos como internacionales, sea en el Perú o en el extranjero, bajo reglas o procedimientos flexibles, cuyos laudos son respetados por el Poder Judicial y que pueden ser ejecutados en cualquier país.

No solo ello, sino que el campo de aplicación del arbitraje ha ido en crecimiento en materias societarias, de títulos valores, de protección al consumidor, de expropiación, laborales, de salud, de construcción y medioambientales, además de la contratación en materias mineras, energéticas, entre otras, y todo ello por las ventajas que ofrece este medio de solución de conflictos, tales como celeridad, especialización y privacidad.

4. PROBLEMAS ACTUALES DEL ARBITRAJE EN EL PERÚ

Sin duda, el balance en el Perú es positivo respecto al desarrollo del arbitraje en estos veinticinco años; sin embargo, hay dos problemas que merece la pena analizar. El primero es que el arbitraje en el Perú se ha desarrollado marcadamente en dos áreas diferentes: el denominado arbitraje privado y el arbitraje con el Estado en materia de soluciones de contrataciones entre privados y el Estado. A pesar de tener las mismas características, no se desenvuelven de la misma manera, lo cual genera algunas distorsiones que originan no pocos conflictos.

La ley de contrataciones, la cual tiene por objeto resolver los conflictos sobre interpretación, ejecución, resolución, ineficacia e invalidez de los contratos —a diferencia del Decreto Legislativo 1071—, solo permite el arbitraje de derecho y no el arbitraje de conciencia. También privilegia el arbitraje institucional por sobre el arbitraje *ad hoc*.

Para ser elegido árbitro del Estado se requiere estar inscrito en un registro, denominado Registro Nacional de Árbitros, además de tener conocimiento comprobado en materias de contrataciones con el Estado, derecho administrativo y derecho arbitral. Asimismo, los laudos arbitrales deben ser publicados en la medida en que afectan intereses de todos los peruanos, por lo que la confidencialidad del arbitraje se relativiza. Adicionalmente, existen normas sobre la participación de partes no signatarias como las empresas supervisoras en arbitrajes del Estado de su sector, se incorpora la institución de la caducidad para acceder al arbitraje, entre otras diferencias.

Justamente las diferencias han llevado al legislador a modificar el Decreto Legislativo 1071, incorporando mediante el Decreto de Urgencia 20-2020 una serie de normas para el arbitraje con el Estado, con el objetivo de “impulsar las políticas públicas nacionales y sectoriales dirigidas a definir y optimizar la participación de Estado en los procesos arbitrales”. A saber, se incorpora la figura del abandono para los arbitrajes con el Estado, no entendiéndolo el legislador que, en el proceso judicial ordinario, son las partes las que impulsan el proceso; mientras que en el arbitraje son los árbitros los que tienen la obligación de culminar un contrato con las partes que los han elegido, y su naturaleza es totalmente diferente. Otro equívoco de dicho decreto de urgencia es el haber incorporado la posibilidad de que, en caso de que se anule un laudo con participación del Estado, se incorpore una consecuencia en las causales de anulación que permite sustituir al árbitro designado y/o recusar a los árbitros que emitieron el laudo. Estos errores de concepto afectan la esencia del arbitraje.

Lo más llamativo es que el arbitraje en materia de contrataciones con el Estado establece un orden de prelación de las normas aplicables al fondo de la controversia por parte de los árbitros, al indicar que serán aplicables, en primer lugar, la Constitución Política del Perú, la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento (en ese orden), así como las normas de derecho público y las de derecho privado, manteniéndose

obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho, y es una disposición de orden público. Criterio diferente es el que se aplica en el arbitraje privado, ya que luego de la Constitución el Código Civil es la piedra angular de las instituciones privadas.

Por estas razones, algunos incluso han planteado la necesidad de que existan normas regulatorias arbitrales diferentes.

El segundo problema del arbitraje en el Perú es la intervención del Poder Judicial en los denominados recursos de anulación de laudos. En efecto, el Poder Judicial actúa como garante, como fiscalizador de los árbitros, con la finalidad de que el arbitraje se desarrolle dentro del marco de la seguridad jurídica y no se realicen actos arbitrarios que atenten contra la tutela procesal efectiva. Por ello, la intervención judicial es solo respecto a la forma y nunca respecto a la decisión de los árbitros —el fondo—, la cual es irrevisable.

Lastimosamente, el Poder Judicial está interviniendo en las decisiones arbitrales bajo el argumento de que los laudos carecen de un adecuado estándar de motivación.

El artículo 56, inciso primero, de la Ley de Arbitraje señala 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”. Es claro que el legislador nacional señala este deber de parte de los árbitros, pero también es cierto que el segundo párrafo del artículo 62 —del mismo cuerpo normativo— indica que el juez está prohibido, bajo responsabilidad, de pronunciarse sobre los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral, por lo que, en puridad, solo cabría declarar la anulación de un laudo en la medida en que no exista motivación alguna.

No debemos olvidar que dentro del marco de la autonomía de la voluntad de las partes estas eligieron resolver la controversia otorgando su confianza a particulares que ellas mismas eligieron. Esta designación tiene consecuencias diferentes al procedimiento judicial ordinario en la medida en que los jueces son funcionarios públicos, mientras que los árbitros son designados con base en la especialización e idoneidad que las partes les reconocen, por lo que en caso de errores en la decisión hay una responsabilidad *in eligendo* de las partes que no corresponde trasladar al Estado.

Este segundo hecho es el que afecta la internacionalización del arbitraje en el Perú como plaza atractiva para desarrollar arbitrajes entre partes no domiciliadas en nuestro país.

5. AVANCES DEL ARBITRAJE

5.1 En lo que respecta al convenio arbitral

A lo largo de estos veinticinco años, la institución arbitral ha ido modificando y perfeccionando este mecanismo de solución de conflictos. En efecto, desde sus inicios se han consolidado los principios que acompañan al convenio arbitral, como el de separabilidad del convenio arbitral del contrato que lo contiene, y se ha consolidado el principio de competencia de los árbitros para conocer sobre su propia competencia, lo que ha permitido que el arbitraje se desarrolle sin intervención del Poder Judicial. El Tribunal Constitucional peruano emitió una decisión en ese sentido en el caso 6167-2005-PHC/TC, del 28 de febrero del 2006:

12 ... Por ello, el tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de "no interferencia" referido en el inciso 2) del artículo 139 de la Constitución, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Los tribunales arbitrales, por consiguiente, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros —incluidas autoridades administrativas o judiciales— destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral. 13 Es por ello que este tribunal considera pertinente reiterar la plena vigencia del principio *Kompetenz Kompetenz* ... que faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia.

En ese mismo sentido también se pronunció el Tribunal Constitucional en el caso 00142-2011-PA/TC, del 21 de septiembre del 2011, blindando el arbitraje no solo en sus inicios relativos al convenio arbitral, sino respecto al laudo al establecer que la única vía igualmente satisfactoria para impugnar era el recurso de anulación y no la acción de amparo.

Así, con claridad, señala que es improcedente el amparo contra laudos arbitrales en caso de que se quiera discutir derechos constitucionales incluso cuando constituyan parte del debido proceso o de la tutela procesal efectiva; tampoco se permite discutir vía amparo la existencia o no del convenio arbitral, ya que la vía idónea es el recurso de anulación.

5.2 En lo que respecta a los árbitros

En lo que respecta a los árbitros, el rol que ha jugado el arbitraje internacional para establecer reglas claras en cuanto a las incompatibilidades de las personas naturales para actuar como árbitros ha sido crucial. En efecto, no solo normas legales sino principios del *soft law* han permitido delimitar qué debe entenderse por imparcialidad e independencia, cuáles son los límites de los árbitros cuando actúan en calidad de abogados de una parte y luego como árbitros en casos similares, la participación de juristas que

forman parte de estudios de abogados internacionales, la obligación de revelar cualquier circunstancia que genere alguna duda justificada, entre otros.

No hay que olvidar que el elemento más importante además del acuerdo de voluntades, que da origen al arbitraje, es el árbitro, el cual resolverá la controversia, para lo que deber estar revestido de una neutralidad y una equidistancia frente a las partes y los asesores de estas. Por ello se exige una declaración jurada en la que informe sobre cualquier interés directo o indirecto, sea de carácter económico o personal, o de cualquier relación de negocios, profesional o amical —presente o pasada— no solo con las partes, sino también con los representantes, los abogados, los contadores y/o los auditores, los socios, los directores o los empleados, que de alguna manera pueda generar razonables dudas sobre su independencia e imparcialidad.

Este deber de información ha de darse durante todo el desarrollo de las actuaciones arbitrales y permitir a las partes, en caso de duda, pedirle su inhibición del cargo o en todo caso recusarlo.

En estos años en el Perú los diversos centros de arbitraje privados, como la Cámara de Comercio de Lima, el Centro de la Pontificia Universidad Católica del Perú o la Cámara Americana de Arbitraje, además de los centros públicos como el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) o el Centro de Conciliación y Arbitraje (Ceconar), que resuelve temas de salud, han dado muestras de profesionalismo y han coadyuvado a la consolidación de esta institución para resolver las recusaciones con apego a las normas y al interés de proteger el laudo y el procedimiento arbitral, marcando antecedentes importantes sobre casos resueltos en materia de recusaciones.

5.3 En lo que respecta a las actuaciones arbitrales

En los inicios del arbitraje en el Perú, el procedimiento arbitral era una copia del procedimiento judicial, en la medida en que los árbitros establecían reglas y tramitaban el arbitraje como si fuera un procedimiento judicial. Sin embargo, con el avance de los años y entendiendo que el arbitraje es "irritual", que la voluntad de las partes permite pactar las actuaciones y que, además, se contó con la participación de árbitros extranjeros que fueron marcando la tendencia internacional sobre las actuaciones arbitrales, se fueron dejando de lado los traslados y las reglas procesales ordinarias para adecuarlo a los estándares internacionales.

Cabe destacar que la institucionalización del arbitraje permite que las partes se sometan a reglamentos arbitrales que cuentan con normas preestablecidas, por lo que los árbitros deberán acatar dicho acuerdo de voluntades en lo que respecta a la sede, el lugar y el idioma del arbitraje; las notificaciones, sean físicas o virtuales; el cómputo de plazos; los mecanismos de elección de árbitros; la lista de árbitros o incluso la necesidad de contar con la confirmación del centro que administra la controversia; los requisitos

para actuar como árbitro; las causales de recusación o remoción; la forma de presentación de la solicitud de arbitraje; los plazos para la emisión del laudo, y los honorarios. El reglamento establece el funcionamiento de cada institución: si cuenta con una secretaría arbitral o un consejo directivo o superior, la elección del árbitro de emergencia, la aplicación *prima facie* del arbitraje, entre otros aspectos.

Esta autonomía de los centros de arbitraje permite prestar servicios a las partes y a los árbitros en un marco de competencia e independencia.

El arbitraje está —cada día— completando su independencia respecto al apoyo o la colaboración judicial que requería para su funcionamiento.

En efecto, en los inicios del arbitraje en el Perú, cuando las partes pactaban arbitraje mediante un convenio arbitral y surgía una controversia, estas debían designar, de común acuerdo, al árbitro único, pero en caso de que no lo hicieran debía recurrirse al Poder Judicial para que este colaborase con el arbitraje designando al árbitro que resolvería la controversia. Esta fórmula, que estableció el legislador en la Ley 26572, generaba un cuello de botella y demoras en la instalación del tribunal arbitral, por lo que el legislador ha encontrado en las cámaras de comercio el sustituto ideal para coadyuvar al desarrollo del arbitraje y que no sea el Poder Judicial el que lo haga.

Hoy, en caso de que las partes no se pongan de acuerdo en la designación del árbitro único, o que una de ellas no designe al árbitro que le corresponde o que los árbitros no se pongan de acuerdo en la designación del presidente del tribunal, lo harán de manera residual las cámaras de comercio de la localidad de la sede del arbitraje y, en caso de que ello no se hubiera establecido, la cámara del lugar de celebración del convenio arbitral. De no existir cámara de comercio en dichos lugares, el nombramiento corresponderá a la cámara de comercio más cercana.

Igual solución establece la norma para los casos en que se tengan que resolver recusaciones de árbitros en arbitrajes *ad hoc*, ya que no se tendrá que recurrir al Poder Judicial, sino a la cámara de comercio.

Lo mismo está ocurriendo con la colaboración judicial en los casos de medidas cautelares antes de constituido el tribunal arbitral. La norma vigente señala la posibilidad de acudir al Poder Judicial para solicitar medidas cautelares; sin embargo, ya se está aplicando la figura del árbitro de emergencia en los reglamentos de los centros de arbitraje para que las partes puedan acceder a estas medidas de emergencia sin tener que acudir al Poder Judicial. Es decir, las instituciones arbitrales brindan el servicio de nombrar un árbitro de emergencia, los que normalmente integran el registro de dicha institución, a aquellas partes sometidas a su reglamento, con el fin de que resuelvan la solicitud cautelar que se solicite antes de iniciado el procedimiento arbitral con la solicitud de arbitraje.

Por último, en lo que respecta a los laudos arbitrales, el Perú ha ratificado los tratados de Nueva York de 1958 y de Panamá de 1975, los cuales permiten reconocer sentencias arbitrales dictadas en territorios extranjeros, habiéndose aplicado ya por las cortes peruanas, lo que garantiza la aplicación de laudos arbitrales dictados en el extranjero en nuestro país.

6. CONCLUSIONES

- i. El arbitraje en el Perú se ha consolidado como un mecanismo de solución de controversias tanto en el ámbito privado como en materia de contrataciones con el Estado.
- ii. La adhesión y/o ratificación de tratados internacionales en materias vinculadas al arbitraje ha permitido el desarrollo de una práctica arbitral intensa.
- iii. Se requieren normas independientes que regulen el arbitraje privado doméstico del arbitraje con el Estado.
- iv. Los jueces superiores deben ceñirse a la revisión formal de los laudos y no entrar a la motivación de estos.

REFERENCIAS

García Calderón Moreyra, G. (2004). *El arbitraje internacional*. Cecosami.

BIBLIOGRAFÍA

Castillo Freyre, M., & Sabroso Minaya, R. (2009). *El arbitraje en la contratación pública*. Palestra Editores.

García Ascencios, F. (2013). *Derecho arbitral*. Adrus.

García Calderón Moreyra, G. (2018). *Reflexiones sobre el proceso arbitral*. *Revista Athina*, 55-56.

García Calderón Moreyra, G. (2020). Notas sobre los cambios en las normas que atañen a la institución arbitral en el Perú. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (81), 45-52.

LA “EXTENSIÓN” DEL CONVENIO ARBITRAL: EL ENFOQUE DESDE EL DERECHO CONTRACTUAL

ALONSO MORALES ACOSTA*
Universidad de Lima, Lima, Perú

CHRISTIAN GUZMÁN ARIAS**
Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú

Recibido: 1 de diciembre del 2021 / Aceptado: 2 de febrero del 2022

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2022.n054.5938>

RESUMEN. El presente artículo aborda el fenómeno de la “extensión” del convenio arbitral desde el punto de vista del derecho civil. Específicamente, toma como base para determinar quiénes pueden ser incluidos en un arbitraje, sin haber firmado (declarado expresamente) el convenio arbitral, las reglas de identificación de las “partes contractuales”. En opinión de los autores, estas reglas se aplican a la identificación de “parte arbitral” porque el convenio es un negocio jurídico que crea situaciones jurídicas que tienen interdependencia con aquellas creadas por el contrato base (que regula los intereses jurídicos que serán discutidos en arbitraje).

PALABRAS CLAVE: convenio arbitral / parte no signataria / extensión del convenio arbitral / contrato / parte contractual / manifestación de voluntad / legitimación

THE “EXTENSION” OF THE ARBITRATION AGREEMENT: AN APPROACH FROM CONTRACT LAW

ABSTRACT. This paper addresses the phenomenon of the “extension” of the arbitration agreement from a civil law perspective. Specifically, it takes the identification rules of contractual parties as a basis for determining who can be included in arbitration even without having signed (or otherwise expressly stated their willingness to participate

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con estudios de doctorado en Derecho en la Universidad de Sevilla. Socio principal en Torres y Torres Lara Abogados, a cargo de las áreas Arbitral, Consumidor y Competencia.

** Abogado por la Universidad Nacional del Altiplano, con estudios concluidos en la Maestría en Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado sénior en Torres y Torres Lara Abogados y líder del Área de Competencia y Buenas Prácticas de Mercado.

in) the arbitration agreement. In the authors' opinion, these rules apply to the identification of an "arbitration party" because the agreement is a *negotium juridicum* (the German "Rechtsgeschäft") that creates legal situations that are interdependent with those created by the base contract (which regulates the legal interests that will be discussed in arbitration).

KEYWORDS: arbitration agreement / non-signatory party / extension of arbitration agreement / contract / contractual party / manifestation of will / legitimation

1. INTRODUCCIÓN

En el derecho arbitral suele hacerse referencia al sujeto que no ha manifestado *expresamente* su voluntad de someterse a arbitraje, pero que paradójicamente sí brindó su consentimiento como "parte no signataria".

La última Ley General de Arbitraje, aprobada mediante el Decreto Legislativo 1071 (en adelante, LGA), señala en su artículo 13 que el convenio arbitral es "un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje ... controversias ... respecto de una determinada relación jurídica". Mediante esta ley se incorporó por primera vez en nuestra legislación y en la legislación comparada una norma que reconoce la extensión del convenio arbitral a una parte no signataria. Es decir, nuestra legislación es pionera al cristalizar en una ley esta doctrina del derecho arbitral, que venía siendo recogida en la jurisprudencia concerniente al ámbito arbitral y judicial:

Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

De acuerdo con la exposición de motivos, los artículos 13 y 14 de la LGA tienen como antecedente directo el artículo 7 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)¹ sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, con enmiendas adoptadas en el 2006 (en adelante, Ley Modelo UNCITRAL), con lo cual se busca "respetar la voluntad de las partes de someterse al arbitraje":

Los artículos 13 y 14 son normas de la mayor importancia y que tienen como antecedente directo la reforma del artículo 7° de la Ley Modelo UNCITRAL de 2006. Estas nuevas disposiciones, permitirán una aplicación más eficiente del acuerdo arbitral, garantizando así el respeto a la voluntad de las partes de someterse al arbitraje. Si bien se ponen algunos límites y requisitos para la validez y vigencia del convenio arbitral, se adopta un esquema más flexible y acorde con el mundo de los negocios, en los que una interpretación excesivamente literal del requisito de que el convenio conste por escrito es contraria a las prácticas y usos del comercio.

Nótese, entonces, que la interpretación del artículo 14 de la LGA —al menos desde la intención del legislador— era que los formalismos anteriores, ocasionados por la interpretación "excesivamente literal" del convenio arbitral como uno escrito, se superaran al

1 UNCITRAL, de acuerdo con sus siglas en inglés.

flexibilizar este requisito. En otras palabras, se busca que la prescripción de que el convenio arbitral sea “por escrito” *no se torne en una traba para incorporar en el arbitraje a las partes que hayan “manifestado” su voluntad*—término que es más amplio que el de “declaración” de voluntad— de someterse a este mecanismo de solución de controversias.

Es curioso, sin embargo, que el artículo 7 de la Ley Modelo UNCITRAL, citado como antecedente en la exposición de motivos de la LGA, si bien ha sido copiado con puntos y comas para nuestra legislación nacional, no tenga referencia alguna a una “extensión” del convenio arbitral:

Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje

(Aprobado por la Comisión en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006)

1) 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. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito.

3) Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.

4) El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

5) Además, se entenderá que el acuerdo de arbitraje 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 compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato. (Naciones Unidas, 2008, pp. 4-5)

La Ley Modelo UNCITRAL recurre a una peculiar acepción de “acuerdo escrito” y entiende como tal a cualquier acuerdo del cual pueda haber (o dejarse) una constancia aun cuando se haya celebrado verbalmente. La versión en inglés de la Ley Modelo UNCITRAL (Naciones Unidas, 2008, p. 16) señala que “the arbitration agreement shall

be in writing" —si se traduce literalmente, es "por escrito", pero a veces puede entenderse como una declaración que pueda ser leída o reproducida de manera posterior— y, además, que "an arbitration agreement is in writing if its content is recorded in any form" —esto abona a la idea de que aquello que es *in writing* no solo puede quedar registrado en un papel, sino en cualquier documento²—. Vemos que la flexibilización del modelo tomado por nuestra legislación está centrada en "qué se entiende" por acuerdo escrito; no define cuándo existe una declaración o manifestación de voluntad.

La LGA se basa en la flexibilización de lo que se entiende por "acuerdo escrito", según lo propuesto por la Ley Modelo UNCITRAL, y por eso incorpora en su artículo 14 la posibilidad de que este acuerdo sea "extendido" a aquellos que no hayan registrado "expresamente" —*in writing*— su voluntad de someterse a arbitraje, pero que la manifestaron de otras formas. Es importante notar que la cláusula no se "extiende" a "terceros" ajenos a la relación jurídica respecto a la cual nace una controversia; siempre comprenderá a quienes hayan participado o tengan intereses que nazcan de esa relación jurídica.

Quizá por ello la mayor parte de la doctrina buscó explicar el fenómeno de la extensión del convenio arbitral desde su posibilidad y, luego, desde su justificación. Es decir, se buscaba responder a las siguientes interrogantes: ¿es posible extender el convenio arbitral?, ¿por qué se extiende? Para responder estas preguntas se han postulado diversas teorías, como la del *estoppel*, los actos propios, el grupo de sociedades o el levantamiento del velo societario.

Sin embargo, no es necesario recurrir o justificarse en estas teorías cuando hay norma expresa que nos indica los supuestos y requisitos en los que procede la aplicación ("extensión") del convenio arbitral. Esta es la situación actual de nuestro ordenamiento jurídico, más no la del derecho comparado. No obstante, dichas teorías son útiles para conocer los antecedentes doctrinarios (consentimiento tácito y la guía del principio de buena fe) que justificaron la inclusión del artículo 14 de la LGA, el cual se ha materializado en una versión más desarrollada y que supera las limitaciones de las teorías que lo originaron, por lo que cae por su propio peso que estas últimas no pueden conducirnos a posiciones que contradigan el texto de dicha norma.

Habiendo quedado claro que tenemos una norma positiva que cristaliza la aplicación del convenio arbitral, lo que corresponde es analizar el artículo 14 de la LGA, teniendo en

2 Tómese en cuenta que en nuestra legislación un documento también es "todo escrito u objeto que sirve para acreditar un hecho". Así, por documento puede entenderse a "impresos, fotocopias, facsímil o fax, planos, cuadros, dibujos, fotografías, radiografías, cintas cinematográficas, microformas tanto en la modalidad de *microfilm* como en la modalidad de soportes informáticos, y otras reproducciones de audio o video, la telemática en general y demás objetos que recojan, contengan o representen algún hecho, o una actividad humana o su resultado" (artículos 233 y 234 del Código Procesal Civil).

cuenta lo que es la “manifestación de voluntad” desde la perspectiva del derecho privado, especialmente desde el derecho contractual. En efecto, el valioso desarrollo doctrinario acerca de cuándo uno es parte de un contrato nos puede dar luces para saber cuándo uno es parte de un convenio arbitral. Veremos que este compromiso de someterse a arbitraje está íntimamente ligado a la relación jurídica de la cual nace la controversia; por lo tanto, la respuesta a nuestra interrogante estará vinculada a la tarea de determinar y reconocer a las partes de aquella relación jurídica bajo la guía del principio de buena fe.

2. LAS TEORÍAS Y SUS CRITERIOS PARA DETERMINAR LA PARTE NO SIGNATARIA

2.1 Estado de la cuestión: las teorías que explican la existencia de una “parte no signataria”

Como señalamos, se han elaborado diversas teorías para explicar la existencia de este sujeto “no signatario” y justificar su incorporación al arbitraje. Repasemos brevemente los principales aspectos de estas teorías.

Bajo la teoría del *estoppel* se pretende dilucidar la participación de una sociedad como parte no signataria por la interpretación de su propia conducta, como se citó en el caso *American Bank and Trust Company c/ Trinity Universal Insurance Company*³.

La “doctrina de los actos propios” se funda en uno de los principios generales del derecho: el de la buena fe, al que nos hemos referido anteriormente, que impone un deber jurídico de respeto y sometimiento a una situación jurídica creada anteriormente por la conducta del mismo sujeto, lo cual evita la agresión a un interés ajeno y el daño consiguiente (Fueyo, 1990, p. 310).

En buena cuenta, bajo las reglas de la buena fe se trata de determinar si hubo la intención de ser “parte” en el contrato que se relaciona con la cláusula arbitral, acreditando una manifestación tácita de tal voluntad mediante una participación activa y determinante que permita asumir que es parte contratante, lo cual supone examinar con rigor sus actos para derivar un “consentimiento de someterse a arbitraje”.

La teoría del levantamiento del velo societario (también llamada desestimación de la personalidad societaria, perforación o corrimiento del velo societario, entre otros) consiste en desconocer (levantar, perforar, correr) la personalidad jurídica de una

3 Según el Tribunal Supremo de Luisiana (1967), “founded upon good faith, the doctrine is designed to prevent injustice by barring a party, under special circumstances, from taking a position contrary to his prior acts, admissions, representations, or silence” (“basado en la buena fe, la doctrina se diseña para evitar la injusticia, al evitar que una de las partes, bajo circunstancias especiales, pueda tomar una posición contraria a sus anteriores actos, admisiones, representaciones o silencio” [traducción de los autores]).

sociedad para evitar su uso fraudulento. De Trazegnies (2004) señala que esta teoría puede ser aplicada frente a supuestos en los que una persona natural u otra compañía se constituyen en un "cerebro oculto" respecto a la compañía signataria, que aparece como un *strawman* ("testaferro") que oculta a quien realmente maneja la operación, por ejemplo, cuando se controla a una o varias subsidiarias para guardar una parte sustancial de activos en perjuicio de accionistas minoritarios del *holding*.

Desde luego, la finalidad de esta teoría es hallar a los verdaderos responsables de un acto ilícito mediante la desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad vehículo, pero debe tomarse en cuenta que "la utilización de esta doctrina, en tanto implica aniquilar el principio de la personalidad jurídica de las sociedades, ha sido conceptualizada como un remedio de excepción" (Caivano, 2009, p. 124).

En ese sentido, "una explicación para rasgar el velo societario ... es que el accionista no se encuentre permitido primero de ignorar las reglas de la conducta societaria y entonces, posteriormente, reclamar el beneficio del escudo societario" (Hamilton, 1991, p. 81), en cuyo caso puede concluirse que, efectivamente, la sociedad es un mero instrumento para cometer actos contrarios a derecho.

Finalmente, la teoría del grupo de sociedades "pretende extender el pacto arbitral a una determinada empresa que, siendo formalmente ajena a un negocio, pertenece al mismo grupo de sociedades de una de las partes de dicho negocio" (Talero, 2010, p. 80); sin embargo, "para su aplicación se requiere que, del análisis del grupo de sociedades involucrado, se concluya que éstas actúan como una unidad económica en el respectivo negocio, lo cual posibilita su vinculación al pacto arbitral" (p. 87). De forma tal que "se establezca que la intención de todos los intervinientes en el negocio ha sido la de ser parte en el arbitraje, para lo cual se revisa la participación de las distintas empresas en el negocio correspondiente" (p. 88), a fin de definir quiénes son consideradas partes no signatarias.

2.2 Las limitaciones de las teorías y su relevancia en nuestro derecho

La teoría del *estoppel* es una noción anglosajona de los actos propios. Explica que es contrario a la buena fe el contradecir los actos o conductas que revelan la voluntad de ser parte del convenio arbitral, sea porque se actuó activamente en la negociación, celebración o ejecución del contrato que comprende el convenio arbitral o porque se pretende derivar derechos o beneficios de dicho contrato.

La teoría del levantamiento del velo societario supone que el accionista es el verdadero responsable cuando la persona jurídica es usada con fines abusivos o fraudulentos. En este caso, no basta con pertenecer a un grupo de sociedades ni que exista una sociedad dominante, sino que es simplemente un vehículo para burlar a su contraparte respecto a los derechos y beneficios del contrato donde figura el convenio arbitral.

La teoría del grupo de sociedades, en su noción más básica, considera como parte no signataria a la sociedad dominante o a cualquier otra del grupo por el mero hecho de conformarlo. Esta posición ha quedado descartada por la doctrina y la jurisprudencia próxima a nuestro ordenamiento jurídico, por lo cual, actualmente, ha sido absorbida por la doctrina del *estoppel* o actos propios o por la doctrina del levantamiento del velo societario.

Es decir, si la sociedad dominante o alguna de las sociedades del grupo se involucra directamente en la negociación de manera activa o determinante, generando que por sus actos propios se considere parte de la relación contractual, pues quedará incorporada al convenio arbitral. Por otro lado, si resulta que una de las sociedades del grupo es usada con fines fraudulentos y causa con ello un daño a la contraparte, pues se considerará responsable a la sociedad accionista de aquella. En ese sentido, lo particular de esta teoría es que resulta muy probable que se pueda presentar la doctrina de los actos propios como la teoría del levantamiento del velo societario en el ámbito del grupo de sociedades. Lo que sí resulta una posición abandonada o no admisible es que la sola existencia de un grupo de sociedades pueda implicar que alguno de los miembros del grupo sea adicionalmente parte no signataria.

Si apreciamos bien lo que tienen en común estas teorías es que crean una apariencia jurídica que revela la existencia de una voluntad exteriorizada mediante acciones, correspondencia electrónica o documentos que dan a entender a la contraparte que había una participación plural como parte de un contrato. La doctrina de los actos propios y la del levantamiento del velo de la persona jurídica tienen a su vez otro elemento común, que es el principio de buena fe.

En la doctrina de los actos propios puede que la falta de diligencia ordinaria en cómo se transmite la información genere la convicción de que se es parte y que el contrato no se habría celebrado seguramente sin la intervención de quien está negociando activamente; en cambio, en la teoría del levantamiento de velo societario se advierte que las acciones van más allá de un descuido y se trata de una conducta dolosa la que activa la responsabilidad.

En efecto, la manera en que ha actuado una de las partes revela que se indujo a la contraparte a creer que las obligaciones contaban con su respaldo; sin embargo, al presentarse la contingencia, esta pretendió que la responsabilidad no la alcanzaba y que la deuda debía reclamarla solo a la parte insolvente. Hay un acto claramente doloso o fraudulento desde el origen; mientras que en el primer caso (actos propios) podría haber habido una actuación descuidada, sin precisar o informar hasta dónde llegaba la participación o responsabilidad de quien estaba interviniendo activamente en la negociación de un contrato.

Estas dos teorías no son más que el desarrollo de una concepción ya aceptada: que se es parte de un negocio jurídico no solo por la declaración expresa, sino también por

la manifestación (incluso tácita) de la voluntad. Son, desde luego, corrientes doctrinarias valiosas para la disciplina del arbitraje, pues permitieron explicar la esencia jurídica por la cual se incorpora una parte no signataria a un proceso arbitral.

Las teorías reseñadas son útiles y su base doctrinaria puede guiar en la aplicación del derecho cuando no existe norma expresa, pero cuando esta existe (artículos 13 y 14 de la LGA) la prioridad está dada por la norma positiva. En ese sentido, las teorías colaboran en la interpretación porque convalidan que ciertas actitudes y comportamientos bajo ciertas circunstancias revelan una manifestación tácita de voluntad en concordancia con el artículo 141 del Código Civil.

En conclusión, en el Perú hay norma positiva. Las teorías que hemos repasado han surgido en escenarios en los que no había (o sigue sin haber) norma escrita. En esos escenarios, las teorías son suficientes para sustentar la decisión del juzgador y aplicar ("extender") o no el convenio arbitral. En cambio, en el Perú permiten interpretar con mayor argumentación o fundamento los alcances de los artículos 13 y 14 de la LGA, sin extralimitarlos. Por ello, usarlas indiscriminadamente como fundamento exclusivo o principal para argumentar si es bueno o no extender el convenio arbitral sería una motivación incorrecta y parte de una discusión estéril, cuando ya existe norma expresa en ese sentido.

Nuestro análisis va a partir de lo que debe entenderse por un convenio arbitral (artículo 13 de la LGA) y la naturaleza de su extensión (artículo 14 de la LGA), y para ello es necesario reconocer que el origen del convenio arbitral es una manifestación de voluntad relacionada con un contrato.

3. EL CONVENIO ARBITRAL COMO MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD

3.1 Nociones previas sobre los contratos

Como sabemos, el libro II del Código Civil, denominado "Acto jurídico", no regula otra cosa que el "negocio jurídico". Los negocios jurídicos, dentro de la clasificación de hechos jurídicos, se definen como *actos de autonomía privada*, "según los cuales se ejercita un poder privado autónomo de reglamentación de los intereses [énfasis añadido] destinado a producir efectos jurídicos" (Navarreta, 2008, p. 295). En el Perú, bajo esta posición se sostiene que "hoy el hecho jurídico ya no se fundamenta en la voluntad sino en el interés", entendiendo a este último como "aquella situación de necesidad humana que será satisfecha mediante un bien", por lo cual se regulan y protegen los intereses y no las voluntades (Morales Hervias, 2009, p. 20).

Los contratos quizá sean los negocios jurídicos —o actos de autonomía privada— más representativos. Podemos decir que mediante los contratos —definidos en el Código Civil como acuerdos de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una

relación jurídica patrimonial— las partes establecen una reglamentación entre ambas para la satisfacción de sus intereses económicos.

Esto presupone que cada parte haya querido, voluntariamente, la existencia de esta reglamentación o autorregulación y que los efectos jurídicos le sean plenamente aplicables. Para el primer punto, veremos a continuación cómo el contrato es un acto de autonomía de la voluntad y, para el segundo, cómo es que la regulación de intereses se aplica únicamente a los titulares de las situaciones jurídicas creadas por el contrato.

3.2 El contrato como acto de autonomía de la voluntad

La autonomía privada es uno de los principios más importantes del derecho privado y de los ordenamientos jurídicos en general. Está relacionada con las libertades individuales y, desde luego, se materializa en los contratos. Se ha dicho que este es, “como siempre lo ha sido, un principio individualista, que significa el reconocimiento de la autodeterminación del individuo en la configuración de sus relaciones jurídicas” (Flume, 1998, p. 40).

Este “elemento estructural” (como lo llama Flume) del ordenamiento jurídico será restringido en ciertos campos como el derecho del trabajo o en los servicios públicos, pero incluso en campos más extremos se mantiene una *libertad inviolable*: la de *decidir si se forma o no parte de una relación jurídica*.

Aunque decirlo es obvio, conviene recordar que la autonomía absoluta se ejerce para sí mismo, no para otros: si quiero actuar junto con otros se requerirá el asentimiento, por lo cual será necesario, entonces, el contrato (en que ambas partes consienten). Cabe la excepción de los negocios unilaterales, como el testamento, o aquellos de los que surgen solo ventajas, como el contrato a favor de un tercero; pero aun en estos casos el otro (heredero o beneficiario) puede rechazar el derecho otorgado. En efecto, “el ordenamiento jurídico exige desde el principio el asentimiento del otro, o el otro puede rechazar la relación jurídica favorable a él” (Flume, 1998, p. 32). Empero, salvo estas excepciones, el contrato, fruto de la manifestación consensuada de las partes, es la principal forma de la configuración autónoma de las relaciones jurídicas.

Según esta idea, desarrollada en la doctrina como “actuación autárquica”, las declaraciones surten efecto solo sobre la persona que hizo la declaración. Cuando el negocio se compone con la declaración de más de una parte, como los contratos, *los afectados por la relación jurídica son únicamente los que han formado parte del contrato*. Sobre esto, Flume (1998) ha señalado lo siguiente:

Como actuación “autárquica”, la configuración autónoma de relaciones jurídicas sólo se reconoce en principio por el Ordenamiento Jurídico, cuando alguien obra autónomamente para sí mismo. *El principio de la autonomía privada no confiere ninguna legitimación para obrar “autárquicamente” para otros [énfasis añadido]. Pero por regla general por una relación jurídica resultan afectados*

varios. Por eso, la configuración autónoma de relaciones jurídicas necesita, por regla general, la colaboración de varios, concretamente de los que van a ser afectados por la relación jurídica. *La idea del contrato es que lo acordado contractualmente vale porque los contratantes, cada uno en uso de su autodeterminación, han pactado que debe ser Derecho* [énfasis añadido]. (p. 30)

Una de las manifestaciones de la autonomía de la voluntad es, precisamente, la libertad contractual. Cada persona tiene el derecho, por un lado, de decidir si contrata o no (si forma parte de una relación jurídica o no) y, por otro, de decidir cuál es el contenido del contrato o los términos de la relación jurídica de la cual ha decidido ser parte.

En suma, podemos decir que *al contrato se ingresa con voluntad y libertad*. La decisión de formar parte de un contrato proviene eminentemente de la autonomía privada. La puerta de entrada a una relación jurídica patrimonial es la voluntad. Por el contrario, sin voluntad no hay oponibilidad de las reglas establecidas en un contrato.

3.3 El contrato como fuente de relaciones jurídicas

El contrato establece una relación jurídica entre las partes. Esta relación comporta la existencia de derechos y obligaciones cuya titularidad la tiene cada una de ellas. Por ejemplo, en una compraventa, la parte vendedora puede tener inicialmente la propiedad, que será transferida a la parte compradora, que inicialmente tenía una acreencia sobre la propiedad.

Grosso modo, podemos decir que en un contrato se crean dos situaciones jurídicas: un *derecho subjetivo* y una obligación. Según Zatti (2005), "se habla de derecho subjetivo cuando la ley atribuye a un sujeto un *poder para la tutela primaria y directa del propio interés*" (p. 372). En este escenario se reconocen dos elementos: la posibilidad de que el titular pueda defenderse o ejercer remedios sin intermediarios y la existencia de un interés que será satisfecho.

La *obligación* está encaminada a satisfacer un interés personal, que puede ser el del acreedor. La obligación tiene por objeto una prestación con valor patrimonial: "La obligación [*obbligazione*] aparece como una *particular especie de deber jurídico [obbligo]* [énfasis añadido], que se caracteriza por el objeto (la prestación)" (Zatti, 2005, p. 383).

Saber qué situaciones jurídicas ostenta cada uno de los sujetos involucrados en una relación jurídica es especialmente importante porque *nos permite saber*, por un lado, qué intereses deben tutelarse y de qué manera es más eficiente hacerlo; y, por otro, *quiénes son los verdaderos titulares de las situaciones jurídicas relacionadas entre sí*.

La reglamentación (o regulación) que se realiza a través de un contrato implica que los intereses de las partes se complementen para lograr la finalidad esperada por ellas y, en general, la función del contrato. Si la voluntad es la puerta de entrada a una relación jurídica, las situaciones jurídicas formadas por el contrato deben tener correspondencia

con la satisfacción de los intereses de cada titular. *Por ejemplo, los derechos y las obligaciones de un contrato de obra recaen solo en el comitente y en el contratista.*

En conclusión, el contrato implica la creación de situaciones jurídicas subjetivas (entre ellas, los derechos y las obligaciones), cuyos titulares son precisamente aquellos que buscan satisfacer sus intereses mediante el contrato.

3.4 El convenio arbitral como negocio jurídico

El negocio es el género y el contrato y los convenios son la especie. Como ya vimos, el negocio jurídico es el acto de autonomía de la voluntad que crea situaciones y relaciones jurídicas.

Una situación jurídica determinada es el resultado de una síntesis de deberes, facultades y poderes. Estos tres son, precisamente, los conceptos básicos sobre los cuales se construyen situaciones más complejas. Por ejemplo, el derecho de propiedad no solo comprende la facultad de gozar de la cosa y el poder de decidir sobre ella, sino también el deber de ejercer la propiedad de acuerdo con el bien común, entre otros. Sin embargo, puede evidenciarse que en esta situación compleja prevalece el hecho de que el sujeto satisfaga su interés por medio de la cosa, mediante su aprovechamiento.

Así, al igual que el contrato, el convenio arbitral crea situaciones jurídicas para las partes: por un lado, la parte que quiera ejercer la tutela de su interés de manera heterocompositiva tiene la potestad de utilizar la vía arbitral para reclamar la satisfacción de su derecho; mientras que la parte demandada estará sujeta a la jurisdicción arbitral, pues así se comprometió previamente. No cabe duda, por lo tanto, que el convenio arbitral se encuentra dentro de la denominación de un negocio jurídico (acto de autonomía privada mediante el cual se regulan intereses para producir efectos jurídicos).

Ahora, para saber quiénes son los titulares de estas situaciones jurídicas (poder y sujeción), se deben seguir ciertos criterios que la doctrina nos ofrece para identificar, por ejemplo, a las partes de un contrato. Toda vez que el convenio arbitral tiene como razón de ser la solución de un conflicto de intereses que han nacido de un contrato previo (por ejemplo, el resarcimiento demandado arbitrariamente por la inexecución de obligaciones de un contrato de compraventa), no se puede negar que la determinación de quiénes son los llamados a participar en dicho arbitraje está íntimamente ligada a la determinación de quiénes son los que participan (los obligados) en el contrato. Esta interdependencia la desarrollaremos a continuación.

4. LA EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL BAJO LAS REGLAS DE LOS CONTRATOS

4.1 La interdependencia del convenio arbitral y el contrato base

El convenio arbitral puede estar dentro del contrato (nos referimos al documento, es decir, como una cláusula) o en un documento aparte.

El contrato regula una operación económica: si es una compraventa, la satisfacción del interés de ser propietario de un bien y la satisfacción de obtener un provecho por transferir la propiedad. También, por ejemplo, en el contrato de obra, la satisfacción del interés de contar con una construcción y la satisfacción del interés de recibir una contraprestación por construir.

Si es que la operación económica se frustra y es necesario remediar esa situación, esto se puede lograr de dos formas: (i) si las partes se ponen de acuerdo directamente (es decir, mediante la autocomposición) y (ii) si es que no se puede llegar a un acuerdo las partes acudirán a un tercero que dirima sobre sus puntos de vista discordantes (es decir, mediante la heterocomposición). En este último caso, las partes pueden recurrir ante un juez o un árbitro.

El tercero —en este caso, el árbitro— va a decidir sobre la operación económica, pero la puerta de entrada para su actuación es que ambas partes (del contrato) hayan querido ir ante un árbitro y no ante la justicia ordinaria (es decir, ante un juez). Nuestro primer paso será, por lo tanto, decidir si es que existió la voluntad de someter a arbitraje la controversia.

Entonces, el convenio arbitral no es algo que se pueda ver de manera aislada respecto al contrato fuente (llamemos así al contrato que contiene la operación económica). Quien es parte del contrato fuente o tiene algún interés legítimo en el contrato fuente será también parte del arbitraje si es que se discute ese interés.

La idea expuesta parece obvia, pero no siempre es así. A veces se analiza si determinada empresa debe ser parte del arbitraje, pero nunca se analiza qué rol tiene dentro del contrato fuente.

La parte arbitral debe guardar correspondencia con la parte contractual. De otra forma, ¿qué haría una persona en un arbitraje en el que se discuten las patologías de un contrato del cual no es parte ni tiene un interés legítimo?

4.2 ¿Quién es parte de un contrato?

Podemos saber quiénes son parte en un contrato desde dos aproximaciones: aquel que suscribe el contrato (parte formal) y aquel que tiene derechos y obligaciones nacidas del contrato (parte sustancial). El primero "es el autor del contrato, o sea, quien emite las

declaraciones contractuales constitutivas”, el segundo “es el *titular de la relación contractual* [énfasis añadido], o sea el sujeto al que es directamente imputado el conjunto de los efectos jurídicos del contrato” (Bianca, 2007, p. 75).

Hay que tener cuidado con un aspecto: la parte del contrato no es una persona, sino el titular del interés que se busca satisfacer mediante el contrato (que estará en contraposición con el interés de la otra parte). Bianca (2007) lo explica de esta manera:

La noción de parte hace referencia a los sujetos del acto o de la relación. Pero la doctrina considera que dicha noción ha de prescindir de los objetos y más bien debe ser identificada con la *posición de interés que se contrapone a otra posición de interés* [énfasis añadido]. Parte sería, precisamente, *un centro de intereses* [énfasis añadido]. La parte sigue siendo única aun cuando comprenda varias personas. Así, p. ej., La venta es un contrato con dos partes (el vendedor y el comprador), así puedan concurrir varias personas a formar la parte vendedora o la parte compradora. (p. 76)

De acuerdo con esta definición, y tomando en cuenta lo desarrollado en los anteriores subacápites, una parte contractual es *aquella a la que, en el uso de su autonomía privada, pueden atribuírsele los derechos y las obligaciones que nacen del contrato*. En el contrato de obra, por ejemplo, las partes son el comitente (que busca contar con la obra y paga por su realización) y el contratista (que tiene la labor de realizar la obra y busca una retribución por ello). Cualquier otra persona no relacionada con esa finalidad es un tercero ajeno del contrato, así tenga algún interés (nacido de otra fuente, no del contrato).

Se dice por ello que “*en el concepto de parte no entran los intervinientes externos, esto es, quienes intervienen en el contrato sin asumir la titularidad de la relación* [énfasis añadido]” (Bianca, 2007, p. 76). Puede existir alguna persona que intervenga directa o indirectamente en el contrato, pero no por ello se convierte en parte contractual, si es que no es titular de los derechos o las obligaciones que nacen del contrato. Por ejemplo, puede intervenir en la negociación del contrato un corredor o un gestor; en la celebración podría intervenir un notario o un asesor legal, y en la ejecución un subordinado, un perito, un transportista, etcétera.

¿Puede decirse que son parte contractual el corredor, el notario o el abogado? Desde luego que no; a nadie se le ocurriría incorporar a cualquier interviniente como titular de los derechos y las obligaciones que nacen del contrato. Distinto sería el caso, por ejemplo, de un contrato más complejo, en el que intervengan más de dos partes y en el cual cada una de ellas asuma derechos y obligaciones: si en el contrato de obra interviene, además del comitente y el contratista, un superficiario, cada quién tendrá a su cargo alguna obligación o derecho.

4.3 La determinabilidad y la identificación

En el contrato las partes deben ser determinadas o determinables. De otra forma, no podría saberse a quién se le imputa el vínculo contractual:

La necesidad de determinación de las partes responde a la exigencia general de determinación de los titulares de las relaciones jurídicas [énfasis añadido]. Si bien en cuanto a los contratos puede admitirse que el vínculo contractual se constituya en cabeza de un sujeto no determinado aún, pero determinable, toda vez que esta incerteza no excluye el surgimiento de los derechos y obligaciones contractuales. (Bianca, 2007, p. 80)

Una parte determinada (o determinable) es, por ejemplo, el contratista que tiene veinte años de experiencia en la construcción de hidroeléctricas o el comitente que es dueño de una concesión. Todos podrán saber, cuando se celebre un contrato de construcción de hidroeléctrica, las cualidades que reúne cada parte. Por eso mismo, sabremos con toda certeza, por ejemplo, que una empresa que vende y confecciona textiles no será parte de este contrato, porque no es concesionaria de una hidroeléctrica y tampoco tiene (desde luego) veinte años de experiencia construyendo hidroeléctricas.

Vemos que la determinación (o determinabilidad) está relacionada con las cualidades que tendrá cada parte en un contrato. Un siguiente paso será la identificación de la parte, es decir, individualizarla, verificar sus datos de identidad (nombre, RUC, DNI, etcétera). Aunque no siempre será necesaria la identificación (si pensamos, por ejemplo, en compras a través de máquinas expendedoras o "vendemáticos"), las partes suelen identificarse mutuamente cuando es necesario o relevante hacerlo.

La identificación de las partes es importante para determinar si las cualidades de una persona influyen o no en la formación y ejecución del contrato. *Los contratos pueden ser personales o con relevancia personal.* Los primeros son identificados como aquellos *intuitus personae*, que contienen prestaciones que solo pueden ser desarrolladas por determinada persona y no por otra. En los segundos "la persona del contratante es generalmente relevante en cuanto la exactitud y la puntualidad del cumplimiento dependen de la seriedad y de los medios materiales y económicos de la parte" (Bianca, 2007, p. 82).

Ello quiere decir que, cuando en un contrato es necesaria alguna característica especial para una de las partes, cobra mayor relevancia la necesidad de determinarla e identificarla al momento de contratar. En determinado contrato, solo la persona que cumpla con un requisito X puede ser considerada parte (el constructor con diez años de experiencia, con veinte obras realizadas en infraestructura eléctrica o contratista titular de una concesión para generación de electricidad). En ese sentido, *en el contrato de obra el contratista será solo aquel que cumpla con las características requeridas por el comitente* (sobre todo si hubo un concurso previo): no podría decirse, por lo tanto, que una persona que no tenga dichas características (que, por ejemplo, se dedique a una actividad distinta a la de la construcción) pueda ser considerada parte del contrato de obra.

4.4 La legitimación

Para ser parte de un contrato no solamente se debe estar determinado (o ser determinable) o debidamente identificado (si es que resulta relevante), sino que también debe ser posible disponer de lo que se vaya a intercambiar en el contrato. El vendedor tiene el poder de disponer de un bien suyo y transferir su propiedad al comprador. En este ejemplo, al poder transferir válidamente la propiedad se le llama legitimación.

La legitimación contractual es el “poder de la parte de disponer del objeto del contrato. Así, puede decirse que *la parte tiene legitimación contractual si tiene el poder de determinar los efectos jurídicos previstos en el contrato [énfasis añadido]*” (Bianca, 2007, p. 86). Por ejemplo, la posibilidad de transferir propiedad o de adquirir propiedad. Una persona que no tiene este poder dentro del contrato no puede ser considerada parte contractual. El tercero brinda alguna asistencia a una de las partes en la negociación o en la ejecución del contrato; no es parte contractual porque no tiene el poder de determinar los efectos jurídicos de dicho contrato.

El poder de disponer del objeto del contrato implica que la parte tenga titularidad de los derechos o las obligaciones creados. De otra forma, no podría disponer de algo de lo que no ejerce titularidad. Ahora, si tomamos en cuenta lo señalado al momento de desarrollar los derechos y las obligaciones que nacen del contrato (acápite 3.3), tener un derecho significa tener el “poder de satisfacer un interés” y tener una obligación el “deber de satisfacer el interés de otro”. Entonces, *tener legitimación (titularidad) presupone la existencia de un interés que busca ser satisfecho: en un contrato de obra, el interés de contar para sí con la obra o el de construirla para obtener una retribución.*

Recapitulando, para ser parte contractual se necesita (además de capacidad, que es un requisito que no se ha desarrollado porque se presupone para toda actuación negociada): (i) ser identificado o determinado o determinable al momento de contratar y (ii) tener legitimación para disponer de los derechos y las obligaciones que se encuentran en juego en el contrato (querer transferir la propiedad y querer ser adquirente).

Veamos en un par de gráficos cómo se relacionan las partes de un contrato de obra, tanto cuando se trata de un contrato simple en el que intervienen dos partes —comitente y contratista— (figura 1) como cuando interviene una parte que financia o garantiza la obra (figura 2):

Figura 1

Contrato simple

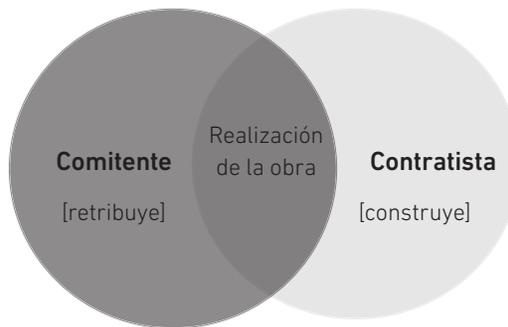


Figura 2

Contrato complejo o con coligación contractual



Podemos ver en la figura 1 que las partes intervienen en el contrato con derechos y obligaciones recíprocas: construir la obra y retribuir lo pactado. En la figura 2, en cambio, podemos ver la intervención de un financista que pudo haber suscrito el contrato (parte formal) o su identificación era necesaria para el contratista porque serviría de respaldo de la ejecución de las obligaciones. Es decir, la existencia del financista fue determinante para que el contratista sea parte del contrato de obra (de otro modo, no se le habría contratado). Además, la intervención del financista (*para esa obra*) significa que tiene interés específico en la construcción de esa obra determinada y, por definición, puede disponer de las relaciones jurídicas que se forman porque *es titular de intereses que buscan ser satisfechos en ese contrato* (tiene legitimación).

Por otro lado, veamos cómo son las relaciones cuando estas tres personas no se relacionan con el objeto del contrato: la construcción de la obra. En este escenario (figura 3), el comitente es parte contractual con el contratista, pero *el financista no es parte de este contrato porque su relación (con el comitente) es independiente al objeto del contrato de obra*. El financista tendrá una relación aparte con el comitente, como la tendría cualquier banco o entidad que dispone de capital para las actividades propias de cualquier empresa, en este caso, el comitente de una obra:

Figura 3

Contrato de obra y relación aparte entre comitente y financista/garante



4.5 ¿Quién es parte de un convenio arbitral?

Sabemos que el convenio es un acuerdo de voluntades y, por definición, no puede ir en contra de la autonomía de la voluntad.

También sabemos que el convenio arbitral tiene una relación de interdependencia con el contrato fuente de la relación jurídica patrimonial. Esta relación jurídica es la que va a ser materia de análisis en el arbitraje. Entonces, debe haber identidad entre la relación material y la relación procesal (esto siempre ha sido así, incluso lo contrario sería una cuestión impeditiva en el proceso: la excepción de falta de legitimidad para obrar).

Los que se encuentran ligados por un convenio arbitral, sea que hayan declarado expresamente su voluntad o la hayan manifestado de cualquier otra forma, no son otros que aquellos que se encuentran ligados por la relación jurídica patrimonial, es decir, los que forman parte del contrato base. Del mismo modo que en el contrato base, las partes del convenio arbitral deben estar determinadas o ser determinables.

Además, el que forme parte del acuerdo de arbitraje debe tener legitimación. Esto guarda relación con la legitimidad procesal, que ya citamos (artículo 427.1 del Código Procesal Civil). Es claro que aquel que sea llamado a un arbitraje debe tener la titularidad de los derechos o las obligaciones que nacen del contrato base (de aquella relación jurídica patrimonial que es materia de análisis en el arbitraje).

Por lo tanto, es parte de un convenio arbitral aquella parte contractual que lo ha declarado expresamente o que ha manifestado su voluntad de someterse a un arbitraje.

5. CONCLUSIONES

Las teorías explican si es posible extender el convenio arbitral y por qué debe extenderse. En nuestro derecho, tales teorías están limitadas a orientar la aplicación del artículo 14 de la LGA. No deberán aplicarse para explicar si es posible incorporar a una persona al arbitraje o por qué debe ser incorporada; esta posibilidad ya es un tema zanjado por nuestra legislación.

Si reconocemos la limitación de las teorías, podremos recurrir al derecho contractual para responder cuándo se debe incorporar al arbitraje a una persona que no haya declarado expresamente su voluntad de acudir a este mecanismo de solución de controversias.

El convenio arbitral es el resultado del ejercicio de la autonomía de la voluntad. La competencia del árbitro proviene de la voluntad de las partes; no puede someterse a arbitraje a quien no ha tenido la voluntad (declarada, manifestada, de manera expresa o tácita) de acudir al arbitraje para solucionar una controversia.

El convenio arbitral tiene una relación de interdependencia con el contrato base. Por lo tanto, la parte del convenio arbitral puede ser determinada bajo los mismos criterios utilizados para determinar el contrato base.

Será parte del convenio arbitral (preferimos esta referencia a lo que se ha venido llamando "extensión del convenio arbitral") aquella persona que haya sido determinada o sea determinable en la relación jurídica patrimonial y que tenga legitimación, es decir, titularidad de los derechos o las obligaciones que son reclamados ante el árbitro.

La parte "no signataria" del convenio arbitral no es otra que la parte del contrato base que no declaró su voluntad (de manera expresa), sino que la manifestó (a través de las negociaciones, la celebración, la ejecución o la conclusión del contrato). Esta voluntad, naturalmente, deberá ser interpretada de acuerdo con las reglas de la buena fe.

REFERENCIAS

Bianca, M. (2007). *Derecho civil*. (2.ª ed.; t. III; F. Hinestrosa & E. Cortés, Trads.). Universidad Externado de Colombia. (Obra original publicada en 1978).

- Caivano, R. (2009). Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario. *Lima Arbitration*, (1), 121-162. https://issuu.com/limaarbitration/docs/roque_j_caivano
- De Trazegnies, F. (2004). El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje. *Ius et Veritas*, (29), 12-22. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11485>
- Flume, W. (1998). *El negocio jurídico. Parte general del derecho civil* (4.ª ed. no modificada; t. II; J. M. Miquel Gonzales & E. Gómez Calle, Trads). Fundación Cultural del Notariado. (Obra original publicada en 1965).
- Fueyo, F. (1990). *Instituciones de derecho civil moderno*. Editorial Jurídica de Chile.
- Hamilton, R. W. (1991). *The law of corporations in a nutshell*. West Publishing Co.
- Morales Hervias, R. (2009). Hechos y actos jurídicos. *Foro Jurídico*, (9), 14-24. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18509>
- Naciones Unidas. (2008). *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006*. http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_buenas_practicas_Ley_modelo_CNUDMI.pdf
- Navarreta, E. (2008). Hechos y actos jurídicos (R. Morales Hervias, Trad.). *Revista Jurídica del Perú*, (91), 291-301.
- Talero Rueda, S. (2010). Extensión del pacto arbitral a no signatarios: perspectivas en la nueva Ley Peruana de Arbitraje. *Lima Arbitration*, (4), 71-100. https://issuu.com/limaarbitration/docs/santiago_talero_rueda
- Tribunal Supremo de Luisiana. (1967, 11 de diciembre). *American Bank and Trust Company v. Trinity Universal Insurance Company*.
- Zatti, P. (2005). Las situaciones jurídicas (V. Contreras Granda & G. Mendoza del Maestro, Trads.). *Revista Jurídica del Perú*, 54(64), 372-383.

BIBLIOGRAFÍA

- Enneccerus, L. (1950). *Tratado de derecho civil* (vol. 2, t. I). Bosch.
- Morales Hervias, R. (2005). Código Civil de 1936 y doctrina peruana: recepción de la teoría general del negocio jurídico. *Proceso & Justicia. Revista de Derecho Procesal*, (5), 131-149. <https://docplayer.es/24389959-Codigo-civil-de-1936-y-doctrina-peruana-recepcion-de-la-teoria-negocial-del-negocio-juridico.html>
- Soto Coaguila, C. (Dir.). (2007). *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina* (t. III). Grijley.

LA ETAPA PRECONCURSAL Y SU EVENTUAL INCOMPATIBILIDAD CON EL CONVENIO ARBITRAL

JESÚS ROBERTO HERNÁNDEZ PEÑA*
Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú

Recibido: 28 de septiembre del 2021 / Aprobado: 29 de noviembre del 2021

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2022.n054.5450>

RESUMEN. ¿Una controversia cubierta por un convenio arbitral puede ser sometida a la competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), por medio del procedimiento concursal, antes de iniciarse el arbitraje? Si bien la norma guarda silencio al respecto, lo cierto es que el efecto negativo del convenio arbitral nos permitiría concluir que las partes, al pactar tal cláusula, se excluyen de la competencia de jueces y entidades administrativas. De esta manera, las partes no podrían iniciar un procedimiento concursal si es que el crédito y lo que se discute en aquel procedimiento se encuentra cubierto por el convenio arbitral pactado y, además, la materia fuese arbitrable. Para demostrar lo anterior, revisaremos la naturaleza jurídica del convenio arbitral, así como sus efectos tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo para, finalmente, sustentar las razones concretas por las cuales consideramos que iniciar un procedimiento concursal, antes del arbitraje, es un incumplimiento del convenio arbitral, y cuáles serían las medidas que las partes pueden adoptar para remediar dicho incumplimiento.

PALABRAS CLAVE: etapa preconcursal / convenio arbitral / Indecopi / medidas antiproceso / arbitraje

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con especialización en Responsabilidad Civil por la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Cuenta con un Diplomado en Arbitraje por la Universidad Austral de Buenos Aires y, actualmente, está cursando la Maestría en Derecho de la Empresa de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es abogado asociado del Área de Competencia y Arbitraje de BuenoLercari Consultores y ha sido autor de publicaciones relacionadas con temas contractuales y de arbitraje. Es miembro ordinario de Arbitraje Alumni y participante del programa ROAP LATAM de Delos Dispute Resolution.

PRE-BANKRUPTCY STAGE AND ITS EVENTUAL INCOMPATIBILITY WITH ARBITRATION AGREEMENTS

ABSTRACT. Can a dispute covered by an arbitration agreement be submitted to the jurisdiction of Indecopi through bankruptcy proceedings before the arbitration is initiated? Although the law is silent on the matter, the negative effect of the arbitration agreement would imply that the parties exclude themselves from the jurisdiction of judges and administrative entities. Thus, the parties would not be able to initiate an insolvency proceeding if the arbitration agreement covers the claim and what is being discussed in such proceeding and, in addition, the matter is arbitrable. We will review the legal nature of the arbitration agreement and its effects from an objective and a subjective point of view to underpin the reasons why we consider that initiating an insolvency proceeding prior to arbitration is a breach of the arbitration agreement and what measures can the parties adopt to remedy such breach.

KEYWORDS: pre-bankruptcy stage / arbitration agreement / Indecopi / anti-process measures / arbitration

1. INTRODUCCIÓN

Supongamos que las empresas "A" y "B" firman un contrato de obra donde el segundo se obliga a construir un edificio a favor del primero. Entre las múltiples cláusulas pactadas, las partes estipulan que la contraprestación será pagada en función del avance de la obra (hitos) y la valoración de esta. Adicionalmente, ambas partes pactan un convenio arbitral a fin de someter todas sus controversias, en forma exclusiva, a arbitraje.

Lamentablemente, durante la ejecución contractual, surge un conflicto entre "A" y "B" por el monto a pagarse como contraprestación. Mientras "A" dice que el valor de la obra es de 200 000 soles, "B" defiende que su obra vale 300 000 soles y, actuando en consecuencia, emite una factura por dicho monto a favor de "A", quien se niega a pagarla por no ser acorde con la realidad.

Frente a esta situación, "B", en lugar de iniciar un arbitraje conforme a lo pactado en el contrato, recurre al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) y solicita el inicio de un procedimiento concursal por dicha factura impaga a efectos de coaccionar a "A" al pago de esta bajo apercibimiento de que se declare su situación de concurso y se despoje a sus accionistas del control de la empresa. Una vez notificada de la situación, "A" decide iniciar un arbitraje contra "B" y solicita una medida cautelar al tribunal arbitral para que suspenda el trámite del procedimiento concursal debido a que, a su criterio, la existencia de este es un incumplimiento del convenio arbitral.

¿Quién tiene la razón? ¿"B" está incumpliendo el convenio arbitral al recurrir al procedimiento arbitral en lugar de ir por la vía arbitral? ¿El tribunal arbitral tendría la competencia suficiente para ordenarle a Indecopi que suspenda el procedimiento concursal iniciado? ¿El inicio de un procedimiento concursal, del tipo del caso, es incompatible con el convenio arbitral?

Las respuestas a estas interrogantes, como veremos más adelante, no son de fácil construcción. Si bien el inicio de un procedimiento concursal, en sentido estricto, no suspende los arbitrajes ya iniciados¹, el hecho de que las partes puedan discutir la inexistencia, invalidez e ineficacia de un crédito ante Indecopi y que dicha entidad tenga la competencia para resolver este contradictorio nos hace cuestionarnos si aquello es incompatible con el convenio arbitral o si, por el contrario, es una herramienta de uso legal que no afectaría el normal desarrollo del arbitraje.

1 Según la Ley 27809, Ley General del Sistema Concursal, los créditos que se encuentran sometidos a arbitrajes o procesos judiciales obtienen la calificación de contingentes y deben ser reconocidos como tales.

El presente trabajo, por lo tanto, se abocará a determinar si el inicio del procedimiento concursal —doctrinalmente conocido como la etapa preconcursal— es incompatible con un convenio arbitral y, si así lo fuese, qué remedios jurídicos asisten a las partes para encauzar la controversia al arbitraje.

2. EL SISTEMA CONCURSAL PERUANO Y SU ENCUENTRO CON EL ARBITRAJE

Para entender mejor el supuesto bajo análisis, debemos partir del hecho de que el sistema concursal peruano es de naturaleza administrativa y tiene su base en la Ley 27809, Ley General del Sistema Concursal (en adelante, la Ley Concursal). En efecto, según la referida ley, el procedimiento de insolvencia es tramitado ante Indecopi, quien tiene la competencia de conocer todos los procedimientos concursales regulados en la Ley Concursal, fiscalizar la actuación de los actores y participantes del procedimiento —acreedores, deudor, administrador temporal, liquidador, entre otros—, expedir directivas sobre la materia y, en general, conocer cualquier asunto vinculado a los procedimientos concursales hasta la declaración judicial de quiebra del deudor².

Ahora bien, en tanto la finalidad del sistema concursal es proteger el crédito de los acreedores frente a las crisis empresariales que pudiesen afectar y/o mermar las probabilidades de cobro (Del Águila, 2003, pp. 67-68), el procedimiento concursal está estructurado bajo una óptica proacrededor. De esta manera, los acreedores impagos no solo tienen la facultad de iniciar el procedimiento, también cuentan con la facultad de decidir el destino final del patrimonio concursado una vez declarada la situación de concurso del deudor.

Al girar en torno a un crédito de naturaleza patrimonial, el procedimiento concursal en general posee varios puntos de encuentro con el arbitraje cuyo estudio ha ameritado una amplia producción doctrinal³, y uno de estos es la etapa preconcursal. Para explicar mejor esto último, procederemos a graficar, en forma general, los principales hitos del procedimiento concursal peruano:

2 "Artículo 3.- Autoridades concursales

3.1 La Comisión de Procedimientos Concursales y las Comisiones desconcentradas de las Oficinas Regionales del INDECOPi son competentes para conocer los procedimientos concursales regulados en la presente Ley. El Tribunal es competente para conocer en última instancia administrativa.

3.2 Corresponde a las Comisiones señaladas fiscalizar la actuación de las entidades administradoras y liquidadoras, deudores y acreedores sujetos a los procedimientos concursales. La Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPi podrá expedir directivas de cumplimiento obligatorio para regular la actuación de las entidades administradoras y liquidadoras, así como de los deudores y acreedores antes señalados.

3.3 La competencia de la Comisión para conocer cualquier asunto vinculado a un procedimiento concursal se extiende hasta la fecha de declaración judicial de quiebra del deudor o conclusión del procedimiento, salvo en lo previsto en el numeral 125.4 del artículo 125".

3 Sobre el particular, véase Caivano (2013) y Alonso (2011).

Figura 1

Principales hitos del procedimiento concursal peruano



Como se puede advertir, tanto el acreedor como el deudor pueden dar inicio al procedimiento concursal; y será en la etapa preconcursal donde Indecopi resolverá si el crédito impago del acreedor amerita la declaración de concurso del deudor. Para ello, la entidad administrativa analizará los medios probatorios que cada una de las partes ha presentado a fin de dilucidar si estamos frente a un crédito (i) válido, (ii) exigible e (iii) impago. Esta forma de resolver el contradictorio hace que nos preguntemos si aquellos créditos nacidos de un contrato con un convenio arbitral pueden ser sometidos a concurso sin haber sometido la controversia previamente a arbitraje.

En efecto, conforme se establece en los artículos 26, 27 y 28 de la Ley Concursal, cuando un acreedor presenta una solicitud de inicio de procedimiento concursal, esta es trasladada al deudor para que aquel realice alguna de las siguientes acciones: (a) allanarse a la solicitud; (b) pagar el íntegro de los créditos objeto de la denuncia; (c) ofrecer el pago íntegro de los créditos, el cual estará supeditado a la aprobación del acreedor, o (d) oponerse a la existencia, titularidad, exigibilidad o cuantía de los créditos objeto de la solicitud. De esta manera, si el deudor denunciado se opone al inicio del procedimiento concursal, inevitablemente tendrá que cuestionar la existencia, validez, exigibilidad y/o cuantía del crédito concursado, e Indecopi tendrá la competencia de pronunciarse sobre esta controversia.

Respecto al alcance de las competencias de Indecopi en la etapa preconcursal, la tendencia ha sido extenderla en tal forma que permita la revisión íntegra de la validez, existencia, eficacia y cuantía de los créditos. Cuestiones que, de existir un convenio arbitral, estarían reservadas a la competencia del tribunal arbitral en principio. Un ejemplo de esto se verifica en la Resolución 0592-2018/SCO-INDECOPI:

Ello [la competencia de verificar la existencia, cuantía, exigibilidad y vencimiento] tiene por finalidad restringir el inicio del procedimiento concursal a aquellos casos en los que la cuantía y periodo de vencimiento de los créditos invocados por el acreedor solicitante reflejen ... que el deudor cuyo concurso se solicita enfrenta una situación de crisis patrimonial de tal magnitud que le imposibilita el pago oportuno de las obligaciones a su cargo.

Para tal efecto, la autoridad concursal debe verificar el origen, existencia, legitimidad, titularidad, cuantía y exigibilidad de los créditos invocados para emplazar al deudor. La verificación preliminar de tales elementos del crédito se justifica en el impacto que la eventual declaración de concurso del deudor producirá en este y sobre la colectividad de sus acreedores, quienes verán sometido el ejercicio de sus derechos de crédito al régimen excepcional del concurso.

Otro ejemplo se encuentra en las Resoluciones 0111-2019/SCO-INDECOPI y 0123-2019/SCO-INDECOPI, en cuyo contenido Indecopi dejó expreso el alcance de sus competencias para analizar los créditos sometidos a concurso:

Dada la importancia de la intervención de los acreedores en un procedimiento concursal, por cuanto este constituye un proceso colectivo de cobro en el que intervienen el deudor y los acreedores que hayan obtenido el reconocimiento de sus créditos en dicho procedimiento, la LGSC ha establecido que la autoridad concursal es la encargada, a través del mecanismo de reconocimiento de créditos, de evaluar las solicitudes presentadas por aquellos sujetos que se consideren titulares de derechos de crédito frente al deudor concursado ...

Para ello, la LGSC ha premunido al órgano resolutorio de primera instancia en materia concursal de amplias facultades de investigación respecto de los créditos invocados en el marco de un procedimiento concursal. De esta manera, el artículo 38.6 de la LGSC establece que, en los casos de créditos invocados por acreedores vinculados al deudor y en aquellos en los que surja alguna controversia o duda sobre la existencia de los mismos, la autoridad concursal deberá investigar su origen, existencia, legitimidad, titularidad y cuantía para todos los medios para proceder a su reconocimiento.

Si bien estas últimas resoluciones citadas provienen de una etapa del procedimiento concursal donde ya existe una situación de concurso, lo cierto es que secunda la posición administrativa de Indecopi sobre el alcance de sus competencias. De allí que la discusión respecto a la existencia, titularidad, cuantía y demás aspectos relacionados con el crédito cuyo incumplimiento motivó el inicio de la etapa preconcursal hace que,

inevitablemente, se genere un contradictorio cuya solución es encargada a Indecopi. En otras palabras, este contradictorio se resuelve por decisión de un tercero habilitado para ello, lo cual otorga a la etapa preconcursal características heterocompositivas similares a las de un tribunal arbitral.

De allí que esta situación nos devuelve a la pregunta con que iniciamos el presente artículo: ¿se incumple el convenio arbitral por someter la controversia a un procedimiento concursal en su etapa preconcursal antes del arbitraje? Y, si ese fuese el caso, ¿qué acciones tendrían las partes para encauzar el asunto al fuero arbitral? Estas interrogantes las responderemos a continuación.

3. EL CONVENIO ARBITRAL Y SUS EFECTOS ENTRE LAS PARTES

No es novedad el decir que el convenio arbitral plasma la voluntad de las partes de someter todas sus controversias, o alguna de ellas, a arbitraje, estableciendo las reglas procedimentales específicas para ello o delegando dicha regulación a un reglamento de arbitraje en específico. Tampoco es nuevo decir que dicho acuerdo es la base del arbitraje y le hereda su validez, su eficacia y, en algunos casos, sus patologías⁴.

De esta manera, al ser la pieza fundamental del arbitraje, importa revisar la naturaleza jurídica del convenio arbitral y cuáles serían sus efectos jurídicos para con las partes en la medida en que dichos elementos nos permitirán resolver las preguntas anteriormente planteadas.

3.1 Naturaleza jurídica del convenio arbitral

Respecto a la primera pregunta, debemos decir que hay debate respecto a la calificación jurídica del convenio arbitral. En efecto, si bien nadie cuestiona que dicho convenio es fruto de la autonomía de la voluntad de las partes, existe desacuerdo respecto a su calificación civil, en la medida en que algunos autores le atribuyen la noción de contrato, mientras que otros prefieren definirlo como un acuerdo privado que genera una relación jurídica entre las partes, la cual no necesariamente es una obligación. Cabe precisar que esta cuestión no es baladí, ya que los remedios frente al incumplimiento del convenio arbitral dependen directamente de la naturaleza jurídica de este.

Así pues, para Caivano, el convenio arbitral es un contrato en la medida en que, al ser autónomo y autosuficiente del contrato en el que se encuentra inmerso, crea derechos y obligaciones entre las partes. A fin de sustentar su posición, el autor argentino señala lo siguiente:

4 Véase Blackaby et al. (2020).

[El convenio arbitral] [s]e trata, en efecto, de un acuerdo de voluntades destinado a crear, modificar o extinguir derechos u obligaciones entre las partes. Podrá decirse que se trata de un contrato sui generis, dado que su objeto no es reglar derechos específicamente de contenido patrimonial (aunque tenga efectos patrimoniales) sino más bien establecer el modo en que se habrán de resolver las controversias que ya hayan surgido o que puedan surgir de una relación jurídica determinada. (2013b, p. 264-265)

En la misma línea, Fernández Rozas y Artuch Iriberry señalan que el convenio arbitral es un contrato que tiene efectos procesales entre las partes, en la medida en que determina la forma en que se solucionarán las controversias sometidas a arbitraje. De esta manera,

[e]sta doble naturaleza explica la diversidad de normas que concurren en su regulación: materiales y procesales. Las primeras determinan, esencialmente, las condiciones de eficacia del acuerdo y se incluyen íntegramente en el Derecho de los contratos; las segundas puntualizan los efectos procesales del acuerdo, esto es, su alcance derogatorio de la competencia de los tribunales judiciales y de atribución de competencia a los árbitros. (2011, p. 749)

En el plano nacional, Soto también considera al convenio arbitral como un contrato autosuficiente que genera deberes y derechos entre las partes, por lo que le son aplicables las normas del Código Civil sobre el particular. Lo anterior hace que el autor peruano deduzca hasta tres tipos de obligaciones que nacen a partir de la celebración del convenio arbitral (2011, p. 623):

- Someter las controversias a un proceso arbitral (obligación de hacer)
- Cumplir con los mandatos impuestos en el laudo arbitral (obligación de hacer)
- No acudir a los tribunales judiciales para resolver sus controversias (obligación de no hacer)

Sin perjuicio de que un gran sector de la doctrina defina al convenio arbitral como un contrato, existen otros autores que le niegan dicha calificación y prefieren darle el título de negocio jurídico. Para Barchi, por ejemplo, no es posible afirmar que, en nuestro ordenamiento jurídico, el convenio arbitral sea un contrato, debido a que no crea obligaciones o relaciones jurídicas patrimoniales entre las partes. Para sustentar su posición, el autor peruano señala lo siguiente:

Pero las partes del Convenio Arbitral si bien crean una relación jurídica, más no crean una relación jurídica obligatoria ...

... Por lo general la situación pasiva denominada sujeción se contrapone a un derecho potestativo. El derecho potestativo atribuye al sujeto al poder de incidir en la esfera subjetiva ajena sin que éste pueda oponerse. En tal sentido,

basta la iniciativa de una de las partes del Convenio Arbitral (como titular de un derecho potestativo) para someter una controversia a arbitraje y la otra parte no podrá oponerse ...

Por lo expuesto, en nuestra opinión, en el ordenamiento jurídico peruano, dado que el Convenio Arbitral no crea una relación obligatoria entre las partes, no califica como contrato. (2011, p. 690-691)

En la misma línea, Huanco considera al convenio arbitral como un contrato, pero precisa que este genera una relación jurídica patrimonial compuesta por un derecho potestativo y un estado de sujeción. En ese sentido,

el propósito del convenio arbitral es que, en caso surja una controversia entre las partes, ésta sea resuelta mediante el arbitraje, y no que las partes se obliguen a comparecer ante el arbitraje iniciado por su contraparte, pues si fuera así, la parte que recibe la petición arbitral podría incumplir su obligación de acudir al arbitraje y el convenio arbitral no cumpliría el propósito por el que fue pactado. (2021)

Frente a estas propuestas teóricas, confesamos que somos afines a la noción de convenio arbitral propuesta por Caivano, Fernández Rozas y Artuch Iriberry, en la medida en que no podemos negar que el convenio arbitral le debe su génesis a la autonomía de la voluntad y genera relaciones jurídicas patrimoniales entre las partes, pero también tiene efectos netamente procesales en la medida en que excluye del ámbito judicial aquellas controversias expresamente contenidas en aquel. Si bien resulta innegable lo señalado por Barchi respecto a que la noción de contrato, en nuestro Código Civil, lleva implícita la creación de obligaciones, consideramos que el convenio arbitral no solo crea una relación jurídica de derecho potestativo-sujeción entre las partes, sino que también tiene efectos procesales y patrimoniales adicionales que no pueden ser ignorados. Máxime si las cuestiones arbitrables son las de libre disponibilidad de las partes, de conformidad con el artículo 2 de la Ley de Arbitraje, situación que le brinda contenido patrimonial al convenio arbitral⁵. De esta manera, estaríamos frente a un contrato *sui generis*, el cual es regulado principalmente por la Ley de Arbitraje y, supletoriamente, por la normativa de obligaciones y contratos de nuestro Código Civil.

Cabe precisar que no sería la primera vez que la Ley de Arbitraje crea instituciones jurídicas cuya naturaleza es de difícil subsunción en nuestra normativa civil tradicional. Muestra de ello es que, a efectos de determinar el ámbito subjetivo del convenio arbitral y su extensión a terceros, las normas de arbitraje identifican el consentimiento a partir de determinados supuestos, como el desprender derechos o beneficios del contrato en el que está contenido el convenio arbitral, que no necesariamente coinciden con lo que tradicionalmente se conoce como voluntad tácita (Bullard, 2011, p.717).

5 Véase el concepto de patrimonialidad de Escobar (2014).

Dicho esto, vemos que el convenio arbitral es un contrato *sui generis* que alberga, en su composición, diversas relaciones y situaciones jurídicas que regulan las relaciones privadas de las partes, entre las cuales se encuentran, principalmente, las obligaciones, las relaciones jurídicas que vinculan al derecho potestativo con el estado de sujeción, entre otras.

3.2 Efectos y alcances del convenio arbitral

Habiendo dilucidado la naturaleza jurídica del convenio arbitral, corresponde analizar cuáles son sus principales efectos jurídicos. Dicha eficacia puede verse desde dos puntos de vista: (i) objetivo y (ii) subjetivo. Desde un punto de vista objetivo, se dice que el convenio arbitral tiene un doble efecto. Uno positivo, que es investir de competencia a los árbitros para resolver las controversias que las partes han sometido a su jurisdicción, y otro negativo, que es excluir del fuero judicial las controversias que las partes han acordado someter a arbitrajes⁶. Respecto a esto último, importa tener en cuenta que la exclusión no solo alcanza a los jueces, sino también a cualquier otra entidad administrativa, ya que estos últimos, en algunos casos, también actúan como entidades que resuelven heterocompositivamente una controversia. Por ello, el efecto negativo del convenio arbitral les impide a las partes someter las controversias incluidas en dicho contrato a cualquier otro fuero que implique una solución heterocompositiva del conflicto, sea jurisdiccional o administrativa.

Esto último no es incompatible con el hecho de que las partes puedan resolver la controversia por medio de la conciliación y/o mediación en forma previa al arbitraje. Ciertamente, dichos métodos de solución de conflictos son autocompositivos en la medida en que son las mismas partes quienes zanján sus problemas a través del mutuo acuerdo sin que exista un tercero que les imponga una solución. El conciliador y/o mediador, en estos casos, no tiene competencia para imponer alguna decisión a las partes, y su labor es facilitar el acuerdo y la solución de la controversia.

Atendiendo a estos efectos jurídicos, el lector advertirá que es una tarea fundamental el determinar qué tipo de controversias se encuentran incluidas en el convenio arbitral. En efecto, si el arbitraje parte del consentimiento de las partes de someter sus controversias a dicho mecanismo, entonces tenemos que los efectos positivos y negativos del convenio arbitral únicamente cubrirán aquellas controversias que hayan sido incluidas en dicho contrato y, a su vez, sean arbitrables objetivamente según el ordenamiento jurídico peruano.

Respecto a las controversias incluidas en el convenio arbitral, debemos tener en cuenta que a este último, al ser un contrato *sui generis*, le son aplicables las reglas de

6 Sobre el particular, revisar Caivano y Sandler (2014).

interpretación de los contratos, las cuales son la común intención de las partes y la buena fe⁷, la interpretación sistemática⁸ y la interpretación funcional⁹. En ese sentido, la interpretación del convenio arbitral y las materias controvertidas incluidas en ella no pueden agotarse en una mera interpretación literal de aquel, ya que la constatación literal es solo el punto de partida en la búsqueda de la verdadera voluntad de las partes. A decir de Fernández Cruz,

[e]l método interpretativo literal es el primer método que utiliza un intérprete respecto a un contrato específico, dado que el mismo nos ofrece la primera aproximación a lo que es el contrato en sí, el cual expresa la voluntad de las partes ...

... Una labor interpretativa deberá realizarse entonces, con mayor razón, cuando existan indicios externos que nos señalen que lo expresado en el contrato no basta por sí solo para determinar que la declaración de las partes ha sido suficiente para establecer un significado unívoco para el contrato que se busca interpretar, por lo que resultará indispensable complementar la interpretación literal de un contrato con la interpretación global del mismo, que pretenderá valorar el comportamiento general de las partes. (2002, pp. 152-153)

Estas técnicas interpretativas, sin embargo, no son una carta abierta para que el intérprete pueda incluir materias controvertidas en el convenio arbitral que no fueron acordadas expresa ni implícitamente por las partes. Así pues, el intérprete debe procurar que su interpretación no afecte el contenido esencial del convenio arbitral ni desdibuje la verdadera intención de las partes en su conformación, por lo que, si el contenido del contrato es claro, nadie puede pretender modificarlo recurriendo a la interpretación jurídica. Dicho de otra forma, la claridad del convenio arbitral puede estar en entredicho por ser incompleto o silencioso en determinados casos, pero ello no es justificativo suficiente para desdibujar arbitrariamente el verdadero sentido de la referida cláusula, más aún si esta debe analizarse bajo el principio de buena fe¹⁰.

Atendiendo a la compleja labor que significa interpretar un convenio arbitral, la tendencia nacional¹¹ e internacional es optar por una interpretación amplia del convenio arbitral a fin de favorecer el inicio del arbitraje. Es más, existen directrices

7 "Art. 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".

8 "Artículo 169.- Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas".

9 "Artículo 170.- Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto".

10 Véase Ferri (2004).

11 Véase Barchi (2011).

internacionales¹² que recomiendan una redacción y/o interpretación amplia de los convenios arbitrales a efectos de solucionar la mayor cantidad de controversias posible en arbitraje. Sobre el particular, Campos y Ossa señalan lo siguiente:

Los tribunales chilenos —tanto nacionales como arbitrales- al verse enfrentados a la alegación de existir un acuerdo de arbitraje tienden en la mayoría de los casos a interpretar la cláusula respectiva de conformidad al principio de la interpretación efectiva, rescatando de este modo la voluntad original de las partes en el sentido que la controversia sea sometida al conocimiento y decisión de un tribunal arbitral. Es decir, por la vía de la interpretación, la jurisprudencia ha salvado la aplicación de la cláusula arbitral patológica, siempre y cuando del contrato se desprenda la voluntad auténtica, inequívoca y coherente de las partes en orden a someter el conflicto actual o potencial a arbitraje. (2011, p. 304)

De esta manera, resulta claro que la interpretación del convenio arbitral es crucial para entender correctamente la voluntad de las partes y determinar qué controversias están cubiertas por dicho acuerdo y cuáles no.

Ahora bien, tal y como lo hemos adelantado, no basta con que la controversia esté incluida dentro del convenio arbitral, sino que debe ser arbitrable. Respecto al concepto de arbitrabilidad, esta puede ser vista desde dos puntos de vista: arbitrabilidad objetiva y subjetiva. Enfocándonos en la arbitrabilidad objetiva, Caivano (2013a, pp. 64-65) y Jiménez (2013, p. 122) la definen como aquella restricción a la voluntad de las partes que cada jurisdicción impone para determinar qué materias son susceptibles de ser sometidas a arbitraje y cuáles no. De esta manera, la práctica internacional nos muestra que la mayoría de las jurisdicciones permiten que las partes sometan a arbitraje únicamente aquellas controversias que versen sobre derechos disponibles. Esta tendencia es seguida por nuestra Ley de Arbitraje, en cuyo artículo 2.1 se establece expresamente que solo pueden ser arbitrables aquellas materias que versen sobre derechos disponibles y aquellas que la ley (por ejemplo, el arbitraje sucesorio, estatuario e, inclusive, el arbitraje en temas derivados de procedimientos concursales) o los tratados internacionales autoricen.

12 La Directriz 3 de las Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional, por ejemplo, establecen que lo recomendable es no limitar el alcance de los convenios arbitrales mediante la inclusión de palabras y texto que hagan pensar que determinadas controversias no han sido sometidas a arbitraje. Por otro lado, Blackaby et al. (2020) señalan lo siguiente: "Afortunadamente, la mayoría de tribunales judiciales consideran al arbitraje como una forma apropiada de resolver disputas comerciales internacionales y de acuerdo con ello buscan darle efecto a los acuerdos arbitrales en cuanto sea posible, en lugar de buscar de reducir el alcance del acuerdo con el objeto de preservar la jurisdicción del tribunal judicial. En consecuencia, la Corte de Apelación de Inglaterra se refiere a una presunción de arbitraje de una sola parada en la interpretación del acuerdo arbitral que se encuentra cada vez más reflejada en la teoría y práctica del arbitraje del mundo".

Atendiendo a la noción de arbitrabilidad aplicable a nuestro país, el operador jurídico deberá analizar en cada caso concreto si es que la controversia incluida en el convenio arbitral es arbitrable y solo si se pasa dicho filtro el tribunal arbitral podrá pronunciarse respecto al fondo de la controversia. Omitir este análisis puede generar, eventualmente, la nulidad del laudo emitido en el arbitraje y una pérdida de tiempo y dinero para las partes, quienes se verán obligadas a iniciar un proceso judicial para resolver su controversia en la medida en que el tribunal arbitral no sería competente para ello.

Por otro lado, respecto a los efectos subjetivos del convenio arbitral, este solo es vinculante para las partes que lo han suscrito, en tanto en cuanto estas han sido las únicas que han manifestado expresamente su voluntad en dicho acuerdo. No obstante lo anterior, hay casos en que terceros no signatarios pueden formar parte del convenio arbitral pese a no haberlo firmado expresamente, posibilidad que se regula en el artículo 14 de la Ley de Arbitraje. Si bien no es nuestra intención explayarnos en este punto, basta con decir que, para que el convenio arbitral extienda sus efectos a estos terceros no signatarios, es necesario que se acredite, en los hechos, que estos últimos han manifestado su consentimiento de someterse al arbitraje.

Por lo tanto, dado que el convenio arbitral solo es vinculante para las partes signatarias y los terceros no signatarios que hayan dado su consentimiento para someterse a arbitraje, los efectos de las órdenes emanadas del tribunal arbitral solo podrán afectar directamente a las esferas jurídicas de las partes sometidas al arbitraje por el convenio arbitral, por lo que solo serían estas quienes estarían obligadas a cumplir dichas órdenes en forma directa.

Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina ha reconocido el principio de oponibilidad a terceros, el cual señala que todo pacto privado debe ser reconocido por los terceros ajenos a él. Bajo dicho principio, los terceros tienen un deber general de no intervención en las relaciones jurídicas privadas y deben abstenerse de realizar cualquier acto que perjudique la eficacia de estas. Sobre el particular, Ghestin ha señalado lo siguiente:

Buscando definir esta figura jurídica [principio de oponibilidad a terceros] podemos señalar que: la oponibilidad constituye un fenómeno general que busca hacer reconocer la existencia del contrato frente a terceros, ya que si éstos últimos estuviesen autorizados a desconocer dicho contrato éste no podría llegar a producir efectos [l'efficacité], ni siquiera frente a las partes. (2015, p. 82)

En ese sentido, es clara la diferencia entre vinculatoriedad y oponibilidad. Por un lado, la vinculatoriedad de un pacto privado hace referencia a que este solo pueda modificar la esfera jurídica de las partes que lo han acordado (eficacia *inter partes*); mientras que la oponibilidad obliga a los terceros a reconocer lo acordado en el pacto privado a fin de no realizar actos que impidan su eficacia.

Sobre este extremo, importa decir que el principio de oponibilidad no tiene su fuente directa en el pacto privado, ya que, bajo el principio de relatividad, estos pactos privados solo generan derechos y obligaciones para las partes de dicho pacto¹³. Todo lo contrario, es un principio que proviene del ordenamiento jurídico general, por lo que su incumplimiento, usualmente, solo generaría responsabilidad civil por los daños que se ocasione a las partes del contrato afectado.

Teniendo en cuenta lo anterior, los terceros no solamente deben reconocer la existencia del convenio arbitral que han suscrito las partes, sino que también deben reconocer los efectos jurídicos de las órdenes emitidas por el tribunal arbitral, absteniéndose de realizar cualquier acto que perjudique su eficacia o efectividad. Más aún si dichas órdenes están revestidas de jurisdicción y, por ende, todas las personas están obligadas a respetar sus efectos, tal y como lo establece el artículo 139, inciso 1, de la Constitución Política del Perú.

En conclusión, vemos que el convenio arbitral es un contrato por medio del cual las partes excluyen, del fuero judicial y administrativo todas o ciertas controversias que se generen o se vayan a generar entre ellas. De esta manera, su extensión viene determinada por las materias sometidas a arbitrajes (ámbito objetivo), las cuales deben ser identificadas a partir de los métodos de interpretación correspondiente y ser arbitrables, y por los sujetos vinculados a dicho convenio arbitral (ámbito subjetivo), y este resulta vinculante a sus partes signatarias y no signatarias, y oponible a cualquier tercero que conozca dicho pacto, obligándolo a no realizar actos que perjudiquen la correcta ejecución de las órdenes emanadas del tribunal arbitral.

3.3 El convenio arbitral y la etapa preconcursal

Como ya lo hemos explicado, el convenio arbitral es un contrato *sui generis* que genera obligaciones entre las partes que lo acuerdan, y una de estas obligaciones es no someter la controversia a una jurisdicción distinta a la del tribunal arbitral. En ese sentido, consideramos que, si una parte inicia un procedimiento concursal a fin de resolver una controversia cubierta por el convenio arbitral, sin antes ir a un arbitraje, dicha acción estaría yendo en contra del convenio arbitral, ya que se estaría sustrayendo ilegítimamente una pretensión del fuero arbitral.

El efecto negativo o excluyente del convenio arbitral no solo alcanza a jueces estatales, sino que también le quita competencia a cualquier otra autoridad que pretenda resolver una controversia cuya resolución se deba someter a un tribunal arbitral. Esta tesis es apoyada por Jorge Santistevan (como se citó en Bullard, 2013, p. 66), quien señala que

13 Véase Velásquez (2016).

el efecto negativo del convenio arbitral supone una renuncia a la jurisdicción estatal y la ausencia de competencia de los jueces y de las autoridades administrativas para conocer las materias sometidas por las partes al arbitraje, [siendo que] la nueva regulación peruana es particularmente clara en propiciar la inevitabilidad del arbitraje consagrando la no intromisión judicial.

De esta manera, consideramos que no es posible afirmar que las partes puedan iniciar un procedimiento concursal sobre la base de una controversia cuya resolución aún no ha sido sometida y/o resuelta por el tribunal arbitral, ya que ello afectaría la eficacia de dicho método de solución de controversias y, en última instancia, desconocería la voluntad de las partes manifestada en el convenio arbitral. Esta conclusión, sin embargo, requiere de dos precisiones.

En primer lugar, no estamos diciendo que los efectos de una decisión de Indecopi en materia concursal se asemejen a un laudo expedido por el tribunal arbitral, ya que ello no es así. Efectivamente, mientras que un arbitraje culmina con un laudo que ordena un comportamiento determinado a las partes y/o declara una situación de derecho, el hecho de que Indecopi declare infundada la oposición del deudor al inicio del procedimiento concursal genera que aquel sufra las siguientes consecuencias jurídicas, las cuales no necesariamente coinciden con un laudo:

- El patrimonio del deudor se encontrará protegido frente a ejecuciones de garantías patrimoniales y medidas cautelares que impliquen desposesión de sus bienes (artículos 18 y 32 de la Ley Concursal).
- Se suspende la exigibilidad de cualquier deuda que tenga el deudor, esté o no vencida (artículo 17 de la Ley Concursal).
- Se inicia el plazo para que los acreedores se apersonen y soliciten el reconocimiento correspondiente (artículo 34 de la Ley Concursal).

En ese sentido, el hecho determinante que nos anima a concluir que se incumple el convenio arbitral al momento de iniciar un procedimiento concursal radica en que ambas autoridades (Indecopi y el tribunal arbitral) realizan la misma acción al momento de expedir sus resoluciones: solucionar una controversia. Para explicar mejor este punto, debemos recordar que controversia es todo aquel conflicto jurídicamente relevante que existe entre dos intereses legítimos que se contraponen.

Frente al surgimiento del conflicto, una forma de resolverlo es por medio de métodos heterocompositivos, los cuales se caracterizan por el hecho de que la solución es “calificada de imparcial, porque no va a ser dada por las partes, sino por un tercero ajeno al litigio, un tercero sin interés propio en la controversia” (Ovalle, 1996, p. 25). De esta manera, basta con que la solución de la controversia sea impuesta por un tercero para que dicho método califique como uno heterocompositivo.

A la luz de lo anterior, vemos que Indecopi realmente actúa como un tercero imparcial que soluciona controversias o conflictos de intereses de determinada naturaleza. Efectivamente, cuando el acreedor solicita el inicio de un procedimiento concursal, no hace más que solicitarle a la autoridad administrativa que proteja su acreencia (interés jurídicamente tutelable) frente al incumplimiento del deudor, pretensión que va en sintonía con las finalidades del procedimiento concursal. Una vez recibida dicha solicitud, la Ley Concursal dispone que Indecopi deberá correr traslado de la solicitud al deudor para que este se resista a esta pretensión o, en su defecto, se allane en múltiples formas (pago de acreencia, compensación de deudas, ofrecimientos de pago y/o allanarse al inicio del procedimiento). Si en caso el deudor concursado decide oponerse a la pretensión del acreedor, la autoridad administrativa tendrá la competencia para determinar la existencia, validez, exigibilidad y cuantía del crédito controvertido en función de los medios probatorios presentados por ambas partes. En buena cuenta, lo que hace Indecopi es resolver, como tercero imparcial, la validez y eficacia del crédito en cuestión y si este ha sido incumplido en tal forma que amerite el inicio de un procedimiento concursal.

En síntesis, Indecopi resuelve una controversia entre las partes al momento de pronunciarse sobre la oposición del deudor concursado frente a la solicitud de inicio de un procedimiento concursal, situación que basta para alcanzarle los efectos negativos del convenio arbitral. Esta conclusión —naturaleza heterocompositiva de la etapa preconcursal— se ratifica por el hecho de que nuestro procedimiento concursal nació como un proceso judicial y no fue hasta 1992 que se convirtió en un proceso administrativo, tal y como lo expone Del Águila (2000, p.182):

Cuando el 28 de diciembre de 1992 se promulgó la Ley N° 26116, Ley de Reestructuración Empresarial, no sólo se derogó la antigua y caduca Ley N° 7566, Ley Procesal de Quiebras, sino que se transformó la visión que hasta ese entonces se tenía del derecho concursal ...

... De manera concreta, podemos señalar que las características básicas que impregnaron la norma en cuestión fueron: (i) la desjudicialización de los procedimientos concursales, (ii) la decisión sobre el destino de la empresa en manos de un colectivo de acreedores, (iii) el incentivo de la reestructuración económica financiera para las empresas viables y (iv) en defecto de lo anterior, la liquidación ordenada del patrimonio insolvente en un proceso extrajudicial.

En ese sentido, no cabe duda de que la labor heterocompositiva de Indecopi, al momento de solicitarse el inicio de un procedimiento concursal, hace que el someter la controversia arbitral a su competencia vulnere el convenio arbitral, contradiciendo así la voluntad genuina de las partes de excluir sus controversias de cualquier fuero (judicial y/o administrativo).

En segundo lugar, debemos precisar que el inicio del procedimiento concursal únicamente vulneraría el convenio arbitral en la medida en que la controversia sometida al fuero administrativo esté cubierta por dicho acuerdo y, además, tal materia fuese arbitrable. En efecto, tal y como hemos desarrollado anteriormente, el convenio arbitral extiende sus efectos positivos y negativos a aquellas controversias expresamente señaladas en su contenido; y la doctrina nacional e internacional aboga por la interpretación extensiva pero razonable del convenio arbitral a favor del inicio del arbitraje. Asimismo, dicha materia debe ser arbitrable en la medida en que debe versar, para el caso peruano, sobre derechos de libre disposición y los que la ley o los tratados internacionales autoricen.

Lo anterior hace que no todas las controversias sometidas al fuero administrativo de Indecopi estén contenidas en el convenio arbitral, por lo que pueden presentarse casos en que la autoridad concursal deviene en competente para resolver el conflicto. Un ejemplo de esto último ocurrió en el caso *Larsen Oil and Gas Pte Ltd v. Petroprod Ltd* del 2011.

En dicho caso, el liquidador de Petroprod (empresa que estaba sometida a un procedimiento concursal o de insolvencia) inició procedimientos contra Larsen a efectos de cuestionar una serie de pagos realizados a su favor por contravenir la Ley de Insolvencia (Bankruptcy Act) de Singapur. En respuesta, Larsen solicitó formalmente la suspensión de dichos procedimientos, ya que las pretensiones en cuestión, a su criterio, se encontraban cubiertas por el convenio arbitral firmado por las partes. Frente a esta controversia, la Corte de Apelaciones de Singapur la resolvió en dos partes. Primero, identificó cuál era la controversia que se estaba dilucidando entre las partes y concluyó que esta no tenía relación con el cumplimiento o no del contrato que era fuente de las acreencias de Larsen, sino que se centraba únicamente en un supuesto pago indebidamente realizado a la luz de la ley de insolvencia singapurense. Lo anterior se verifica a continuación:

We agreed with the Judge's characterization of Petroprod's claims against Larsen. Petroprod's Statement of Claim against Larsen revealed that Petroprod did not allege that Larsen had breached the MAD by causing Petroprod to make the payments to Larsen. Rather, all that Petroprod claimed was that it had made certain payments to Larsen within two years of its insolvency, and that the law presumed that the payments were made with an intention to prefer Larsen as a creditor because of Larsen's control over the management of Petroprod. Similarly, Petroprod's claims against Larsen based on an undervalued transaction and a fraudulent conveyance were entirely independent of the question of whether Larsen had breached the MA.

Una vez determinada la controversia, la Corte procedió a analizar si estaba cubierta por el convenio arbitral firmado por las partes y resolvió que, pese a realizar una interpretación extensiva de dicho acuerdo, el conflicto no era arbitrable:

20 The underlying basis for a generous approach towards construing the scope of an arbitration clause is the assumption that commercial parties, as rational business entities, are likely to prefer a dispute resolution system that can deal with all types of claims in a single forum. This assumption is reasonable in relation to private remedial claims, which may arise either before or during the period when a company becomes insolvent. It is conceivable that the company's pre-insolvency management would prefer all these claims to be dealt with in a single forum. However, this reasoning cannot be applied to avoidance claims pursued during insolvency proceedings. The commencement of insolvency proceedings results in the company's management being displaced by a liquidator or judicial manager. Since avoidance claims can only be pursued by the liquidators or judicial managers of insolvent companies, there is no reason to objectively believe that a company's pre-insolvency management would ordinarily contemplate including avoidance claims within the scope of an arbitration agreement.

21 For the reasons stated above, it makes sense to draw a line between private remedial claims (either common law or statutory), which the company's pre-insolvency management have good reason to be concerned about and claims that can only be made by a liquidator/judicial manager of an insolvent company, to which they are completely indifferent. We therefore hold that arbitration clauses should not ordinarily be construed to cover avoidance claims in the absence of express language to the contrary ... and that the Arbitration Clause did not cover Petroprod's claims against Larsen.

Cabe acotar que la autoridad singapurense estableció que, aun si la controversia hubiese estado dentro del convenio arbitral celebrado por Larsen y Petroprod, dicho conflicto no sería arbitrable en la medida en que versaba sobre materias concursales de interés público. En ese sentido, la Corte determinó que aquellos litigios vinculados a los derechos y las obligaciones contractuales de las empresas, en forma previa a su insolvencia, serían arbitrables siempre y cuando no afectaran los derechos sustanciales de los demás acreedores involucrados en el procedimiento de insolvencia.

Por otro lado, un ejemplo de cómo las acciones iniciadas en materia concursal o de insolvencia sí estarían dentro del alcance del convenio arbitral es el caso *Riverrock Securities Limited v. International Bank of Petersburg* del 2020. En dicho caso, International Bank of Petersburg (IBSP) inició varios procedimientos en San Petersburgo a fin de inválidar ciertos contratos que mantenía con Riverrock (RSL) por supuestamente vulnerar ciertas disposiciones de la ley de quiebras de dicha jurisdicción. Dichos contratos contenían convenios arbitrales que vinculaban a RSL e IBSP. En respuesta, RSL solicitó una medida antiproceto (*anti-suit injunction*), a fin de suspender dichos procedimientos debido a que las reclamaciones realizadas en ellos estaban cubiertas por un convenio arbitral. En respuesta, el Tribunal Superior de Justicia Comercial y Propiedades de Inglaterra y Gales otorgó la medida en cuestión y suspendió los procedimientos iniciados por IBSP debido a que la materia controvertida sí estaba dentro del alcance del convenio arbitral.

Así, dicha instancia judicial resolvió lo siguiente:

66. In this case, I am satisfied to the requisite high degree of assurance that the claims being advanced in the St Petersburg Action are, as a matter of substance, claims which are contractual in nature and fall within the arbitration clause, whether or not it would be open to IBSP as a matter of choice of law analysis to advance those claims in any LCIA arbitration. There is a claim by one party to the Contracts (IBSP acting through its official receiver, the DIA) against its counterparty to invalidate the Contracts and seek to recover the amounts paid, on the basis that the consideration under the Contracts was at an undervalue and/or the Contracts were concluded by those purporting to act on IBSP's behalf with the purpose of prejudicing IBSP's creditors. The choice of law in any arbitration is ultimately a matter to be determined in accordance with s.46 of the Arbitration Act 1996 supplemented in the present context by Article 22.3 of the LCIA Rules. If, for any reason, the Bankruptcy Law causes of action cannot be asserted under the applicable choice of law rules, then that is a consequence of the parties' agreement rather than because those claims fall outside the scope of the LCIA Arbitration Agreements.

A diferencia del caso Larsen, en este se estableció que una disputa puede no ser arbitrable *per se* (de manera que la reclamación completa no sea arbitrable, aunque su determinación involucre elementos que, considerados de forma aislada o en otros contextos, serían arbitrables) o puede ser que solo una parte de ella no lo sea —por ejemplo, la decisión de otorgar una forma particular de reparación—. En ese sentido, en la medida en que las reclamaciones amparadas en la ley de quiebras o de insolvencia busquen una reparación que el tribunal arbitral pueda otorgar y no comprometan los intereses de terceros, salvo para beneficiar a cualquier acreedor de una empresa insolvente, aquellas serán arbitrables.

Como vemos, no siempre la materia controvertida en un procedimiento concursal o de insolvencia estará dentro del alcance del convenio arbitral y, dependiendo del caso, puede ser o no arbitrable, por lo que corresponderá analizar cada caso en concreto.

En síntesis, el hecho de someter una controversia al procedimiento concursal de Indecopi antes de un arbitraje, en la medida en que esté cubierta por un convenio arbitral y sea arbitrable, es un incumplimiento de dicho acuerdo en tanto en cuanto se está sustituyendo la competencia del tribunal arbitral sin el consentimiento integral de las partes.

4. LAS MEDIDAS ANTIPROCESO Y SU EFICACIA CONTRA EL INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO ARBITRAL

Estando claros respecto a lo anterior, corresponde analizar cuál sería el remedio adecuado que las partes tendrían para solucionar el incumplimiento del convenio

arbitral acaecido por el inicio de la etapa preconcursal. Al respecto, consideramos que la respuesta se encuentra en las *anti-suit injunctions* o “medidas antiproceso”.

En efecto, estas medidas son dictadas por las cortes y/o tribunales arbitrales y tienen la finalidad de evitar que cualquiera de las partes inicie, o mantenga en trámite, un proceso paralelo al arbitraje. De esta manera, no solo se salvaguarda la voluntad de las partes de someter la controversia a arbitraje, sino que también evita que dos fueros distintos emitan decisiones contradictorias que agraven más la controversia. Estas medidas, tal y como lo exponen Reggiardo y Cuba,

[b]ajo los términos de la Ley Arbitraje peruana, atendiendo a sus similitudes con la redacción del art. 17.2.b de la Ley Modelo CNUDMI ... podría[n] ser entendida[s] como una medida cautelar. Se trataría de una medida temporal previa a la emisión del laudo final, y servirá para impedir a una de las partes generar algún daño al proceso arbitral. (2020, p. 236)

Atendiendo a su naturaleza cautelar, el otorgamiento de las medidas antiproceso en nuestro país procedería en caso de que la parte afectada por el incumplimiento acreditara el riesgo de daño sustancial —*periculum in mora*—, la probabilidad de éxito sobre el fondo —*fumus bonis iuris*— y la razonabilidad¹⁴ de la medida. Sin embargo, somos conscientes de que trasladar esta figura a nuestro país, de tradición *civil law*, no está exento de problemas. Muestra de ello es que algunos requisitos tradicionalmente reconocidos a las medidas antiproceso, como que al demandado le corresponda acreditar una “razón sólida” por la que la medida no debiera ser otorgada¹⁵, no necesariamente pueden ser acogidos en nuestro ordenamiento jurídico por su falta de legislación.

Por otro lado, es importante resaltar que la práctica y la doctrina internacional señalan que los destinatarios de las medidas antiproceso no serían los jueces —o, en este caso, los funcionarios de Indecopi— que ven la controversia cubierta por el convenio arbitral, sino que ello estaría dirigido a la parte que incumple el convenio arbitral. De allí que las medidas antiproceso sean *in personam* y únicamente generen efectos en su esfera jurídica privada¹⁶.

Lo anterior hace que se simplifiquen muchas de las cuestiones relacionadas con la eficacia jurídica de las medidas antiproceso. Ciertamente, alegar que las medidas antiproceso son órdenes directas a los jueces o a Indecopi sería afirmar indirectamente que aquellas son partes del convenio arbitral, lo cual abriría múltiples cuestionamientos al

14 En la práctica arbitral nacional e internacional, los tribunales arbitrales analizan estos elementos como requisitos necesarios para el otorgamiento de una medida cautelar en un arbitraje, sin perjuicio de que también están contenidas en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

15 Véase el caso Riverrock.

16 Véase Beltrán (2016).

alcance de la competencia del tribunal arbitral y si los destinatarios en cuestión realmente tienen la obligación jurídica de cumplir semejante orden. En ese sentido, alegar que la medida es vinculante a la parte “rebelde” hace que este tipo de cuestionamientos no sean óbice para la efectividad de dichas providencias cautelares. Sin embargo, esto no quiere decir que los jueces e Indecopi son libres de actuar en contra de una orden emitida por un tribunal arbitral, por no serles vinculante. Como ya lo hemos explicado, ello sería desconocer el principio de oponibilidad y su deber de no actuar en forma tal que perjudique la eficacia de las resoluciones.

Finalmente, importa resaltar que las órdenes que comúnmente se emiten en una medida antiproceto son las siguientes: (i) prohibir a la parte potencialmente incumplidora que inicie el procedimiento en otro fuero (orden preventiva); (ii) ordenar a la parte incumplidora que interponga remedios específicos en el procedimiento paralelo en aras de salvaguardar la integridad del arbitraje (orden correctora), y (iii) ordenar a la parte incumplidora que culmine la acción en el procedimiento paralelo o, de no ser posible, le informe al tribunal arbitral respecto a los actos procedimentales que allí ocurran¹⁷. De esta manera, comprobamos que las medidas antiproceto son adecuadas para remediar el incumplimiento del convenio arbitral que se haya originado por el inicio de un procedimiento concursal ante Indecopi, ya que permiten culminar y/o evitar el inicio de un procedimiento paralelo al arbitral. Conclusión que, sin embargo, merece dos acotaciones.

En primer lugar, y en sintonía con lo explicado anteriormente respecto al incumplimiento del convenio arbitral, el otorgamiento de una medida antiproceto debe siempre valorarse en cada caso concreto y en firme entendimiento de las consecuencias que puede ocasionar en la esfera jurídica de la parte afectada por la medida. Ciertamente, el inicio de un procedimiento concursal no siempre es un incumplimiento del convenio arbitral y no necesariamente genera un perjuicio al correcto desarrollo del arbitraje. De esta manera, un pedido y otorgamiento abusivo de las medidas antiproceto podría llevarnos a situaciones en que la parte afectada por dicha medida se vea imposibilitada de recurrir a un procedimiento concursal pese a que, en los hechos, está debidamente legitimada para ello.

Véase el caso, por ejemplo, de una empresa insolvente que, ante la demanda arbitral de su acreedora respecto al cobro de una deuda de 400 000 soles, presenta una reconvencción en dicho proceso a fin de solicitar la inexigibilidad de dicha deuda —utilizando para ello argumentos de difícil asidero legal— y, en caso de que sea exigible, la compensación de dicha deuda con otras deudas que el demandante mantiene en su favor por un monto de 100 000 soles. El demandante, consciente de que el pedido de

17 Véase Levy (2005).

inexigibilidad del demandado no será acogido por el tribunal arbitral y que la deuda, compensada o no, no podrá ser pagada por la empresa por ser insolvente, presenta una solicitud de inicio de procedimiento concursal a fin de resguardar su crédito. Sin embargo, ante esta situación, el demandado insolvente solicita una medida antiproceso a fin de suspender dicho procedimiento concursal alegando que vulnera el convenio arbitral y, por consiguiente, el arbitraje. En este caso, un análisis adecuado del caso nos haría concluir que esta medida no procedería debido a que el demandado no ha sabido probar en qué forma el procedimiento concursal afecta la integridad del arbitraje. Lo contrario sería permitir el uso abusivo de las medidas antiproceso a fin de perjudicar el derecho que tiene el demandante de resguardar, bajo las formas legales pertinentes, la integridad de su crédito ante el evidente estado de insolvencia de su deudor.

Por lo tanto, habrá casos en que las partes abusen de las medidas antiproceso para su beneficio, por lo que resulta importante que el tribunal arbitral tenga el suficiente conocimiento de los alcances de dicha medida y su real impacto en cada caso concreto. De allí que Levy señale lo siguiente:

First of all, there is a risk that the requested measures be ordered without the arbitrators having fully taken into account their impact. For example, prohibiting the initiation of proceedings before another court or arbitral tribunal may prevent a party from tolling a limitations period and may cause the loss of a party's rights. Furthermore, the star of an action may result in a party being prevented from offsetting its claim if such claims remain disputed and the arbitral tribunal issues and award affirming that the other party's claim is due. (2005, p. 125)

En segundo lugar, las medidas antiproceso únicamente serán eficaces fácticamente si es que son solicitadas y emitidas antes que Indecopi declare la situación de concurso y que ello sea publicado en *El Peruano*. En efecto, el artículo 26 de la Ley Concursal señala que, en caso de que el procedimiento concursal sea iniciado por varios acreedores, el desistimiento de uno de ellos no impedirá la continuación del procedimiento, disposición que también es aplicable cuando la situación de concurso es declarada y publicada, ya que en dicho momento se inicia el plazo para que todos los acreedores del concursado se apersonen al procedimiento a fin de conformar la junta general de acreedores, y cada acreedor es responsable por la suerte de su crédito.

De esta manera, si una medida antiproceso es otorgada en forma posterior a la declaración de situación de concurso de la parte afectada en dicho procedimiento, tal medida no logrará la culminación del concurso, ya que, como hemos visto, el desistimiento del acreedor cuyo crédito dio inicio al procedimiento no afectará en nada el común trámite del concurso y, para ese entonces, Indecopi ya se habría pronunciado respecto al pedido concursal de la parte incumplidora, situación que, precisamente, se busca evitar.

Por lo tanto, resulta importante que el pedido y el otorgamiento de la medida anti-proceso ocurra antes de que Indecopi declare la situación de concurso correspondiente.

5. CONCLUSIONES

Como hemos podido advertir, el inicio de un procedimiento concursal en aras de discutir, en su etapa preconcursal, una controversia arbitrable cubierta por un convenio arbitral es un incumplimiento de este último, ya que se someten a consideración de Indecopi materias cuya solución es de exclusiva competencia del tribunal arbitral. Ciertamente, la práctica administrativa y la Ley Concursal demuestran que los órganos concursales de Indecopi tienen la competencia administrativa de pronunciarse respecto a la existencia, validez y/o exigibilidad de los créditos que dan inicio al procedimiento concursal, por lo que, en buena cuenta, estamos frente a una suerte de método heterocompositivo de solución de controversias. Si entendemos que la razón de ser de los efectos negativos del convenio arbitral es excluir las controversias de cualquier otra jurisdicción a fin de evitar que las partes empleen otros medios heterocompositivos en desmedro del arbitraje, entonces podemos válidamente concluir que el inicio del procedimiento concursal es una vulneración del convenio arbitral. Esta conclusión, sin embargo, no es absoluta, ya que el inicio de un procedimiento concursal no siempre será un incumplimiento del convenio arbitral y, además, la existencia de dicho procedimiento administrativo no siempre afectará la integridad del arbitraje. De allí que el análisis debe hacerse en cada caso concreto y a la luz de los hechos acontecidos.

Finalmente, de comprobarse el incumplimiento del convenio arbitral, la parte afectada podría solicitar una medida antiproceso al tribunal arbitral en la forma de una medida cautelar, a fin de que dicha autoridad le ordene a la parte incumplidora que se desista y/o termine el procedimiento concursal ilegítimamente iniciado. Sin embargo, debemos ser cautelosos en el uso de este remedio, ya que un uso abusivo puede limitar ilegítimamente el derecho de las partes a proteger la integridad de su crédito amenazado por la insolvencia del deudor. Adicionalmente, las medidas antiproceso solo serán eficaces si es que son pedidas y otorgadas antes de que Indecopi haya declarado la situación de concurso del deudor concursado, ya que, una vez ocurrido ello, un eventual desistimiento de la parte incumplidora del convenio arbitral poco podrá hacer para terminar y/o parar el procedimiento.

REFERENCIAS

Alonso, J. (2011). Efectos de la declaración de concurso sobre el convenio y el procedimiento arbitral en derecho español. En C. Soto (Ed.), *Tratado de derecho arbitral. El convenio arbitral* (t. I, pp. 595-609). Instituto Peruano de Arbitraje.

- Barchi, L. (2011). Algunas consideraciones sobre el convenio arbitral en el Decreto Legislativo 1071. En C. Soto (Ed.), *Tratado de derecho arbitral. El convenio arbitral* (t. II, pp. 681-700). Instituto Peruano de Arbitraje.
- Beltrán, J. (2016). Controlando al litigante rebelde: las *anti-suit injunctions* en los tribunales españoles. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, (32), 75-98. <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6436>
- Blackaby, N., Partasides C., Redfern, A., & Hunter, M. (2020) *Arbitraje internacional* (N. A. López Novoa & R. E. Saavedra Velazco, Trads.). Fogueras. (Obra original publicada en el 2009).
- Bullard, A. (2011). ¿Y quiénes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14° de la Ley de Arbitraje Peruana. En C. Soto (Ed.), *Tratado de derecho arbitral. El convenio arbitral* (t. II, pp. 709-738). Instituto Peruano de Arbitraje.
- Bullard, A. (2013). ¿Quién fue primero: el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación. *Revista Internacional de Arbitraje*, (19), 55-93. 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
- Caivano, R. (2013a). Arbitrabilidad y orden público. *Foro Jurídico*, (12), 62-78. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13801>
- Caivano, R. (2013b). El efecto del concurso o quiebra de una de las partes sobre el arbitraje. *Revista ED*, (2013-250), 820-843. <http://biblioteca.calp.org.ar/meran/opac-detail.pl?id1=103361#YpmaXqjMI2w>
- Caivano, R., & Sandler, V. (2014). Consecuencias del incumplimiento del acuerdo arbitral. En E. Picand (Ed.), *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar* (2.ª ed., pp. 263-287). Thomson Reuters.
- Campos, J., & Ossa, F. (2011). El acuerdo de arbitraje: la experiencia chilena. En C. Soto (Ed.), *Tratado de derecho arbitral. El convenio arbitral* (t. I, pp. 299-312). Instituto Peruano de Arbitraje.
- Del Águila, P. (2000). Más vale prevenir que lamentar. El concurso preventivo y su regulación en la legislación concursal peruana. *Ius et Veritas*, 10(20), 182-198. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15933>.
- Del Águila, P. (2003). Poniendo los puntos sobre las íes: objetivos, principios y líneas matrices del sistema concursal. *Foro Jurídico*, (2), 64-72. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18283>

- Escobar, F. (2014). La ofrenda de Ulpiano: el valor subjetivo de la patrimonialidad del contrato. *THĒMIS. Revista de Derecho*, (66), 245-261. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/12700>
- Fernández Cruz, G. (2002). Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil Peruano. *Derecho & Sociedad*, (19), 146-164. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17249>
- Fernández Rozas, J., & Artuch Iriberry, E. (2011). Validez y eficacia del convenio arbitral internacional. En C. Soto (Ed.), *Tratado de derecho arbitral. El convenio arbitral* (t. I, pp. 745-786). Instituto Peruano de Arbitraje.
- Ferri, L. (2004). *Lecciones sobre el contrato. Curso de derecho civil* (N. Carreteros Torres, Trad.; presentación, notas y edición por R. Morales Hervias y L. León). Grijley. (Obra original publicada en el 2004).
- Ghestin, J. (2015). La fuerza obligatoria del contrato. *Ius et Veritas*, 24(50), 72-84. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/14806>
- High Court of Justice Business and Property Courts of England and Wales Commercial Court. (2020, 23 de septiembre). Case CL-2020-000283. https://newyorkconvention1958.org/doc_num_data.php?explnum_id=5522
- Huanco, H. (2021). *¿El convenio arbitral es un contrato con efectos obligatorios?* Agnitio. <http://agnitio.pe/articulo/el-convenio-arbitral-es-un-contrato-con-efectos-obligatorios/>
- Jiménez, R. (2013). La arbitrabilidad de las obras adicionales en la contratación pública. *Advocatus*, (28), 121-143. <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/4197/4147>
- Levy, L. (2005). Anti-suit injunctions issued by arbitrators. *IAI International Arbitration Series. Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, (2), 115-129. <https://lk-k.com/wp-content/uploads/L%C3%A9vy-Anti-suit-Injunctions-Issued-by-Arbitrators.pdf>
- Ovalle, J. (1996). *Teoría general del proceso*. Harla.
- Reggiardo, M., & Cuba, A. (2020). Las medidas antiproceso en el arbitraje peruano. *THĒMIS. Revista de Derecho*, (77), 233-252. <https://doi.org/10.18800/themis.202001.012>
- Singapore Court Appeal. (2011, 11 de mayo). Civil Appeal 122 of 2010.
- Soto, C. (2011). El convenio arbitral en la Ley Peruana de Arbitraje de 2008. En C. Soto (Ed.), *Tratado de derecho arbitral. El convenio arbitral* (t. II, pp. 618-659). Instituto Peruano de Arbitraje.

Velásquez, R. (2016). Partes y terceros en los contratos y los arbitrajes (primera parte: el principio de relatividad contractual y los terceros). *Ius et Veritas*, 24(52), 214-226. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16381>

LAS CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN EN LOS CONTRATOS DE INVERSIÓN Y EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

FRANCESCA BENATTI*

Università Cattolica del Sacro Cuore, Milán, Italia

SERGIO GARCÍA LONG**

Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú

Recibido: 23 de septiembre del 2021 / Aprobado: 24 de noviembre del 2021

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2022.n054.5447>

RESUMEN. Las partes pueden garantizar la estabilidad del contrato mediante la inclusión de cláusulas específicas. En contratos internacionales de inversión se pactan cláusulas de estabilización para otorgar protección frente a diferentes riesgos. El presente trabajo analiza la estructura contractual de las cláusulas de estabilización y cómo estas han sido tratadas en arbitrajes internacionales.

PALABRAS CLAVE: cambio de circunstancias / cláusulas de estabilización / riesgo legal / contratos de inversión / arbitraje internacional

STABILIZATION CLAUSES IN INVESTMENT CONTRACTS AND INTERNATIONAL ARBITRATION

ABSTRACT. Parties can secure the stability of contracts with specific clauses. In international investment agreements, stabilization clauses are agreed to provide protection against different risks. This paper analyzes the contractual structure of stabilization clauses and how it has been treated in international arbitration.

KEYWORDS: Change of circumstances / stabilization clauses / legal risk / investment contracts / international arbitration

* Abogada por la Università degli Studi di Milano. Ph. D. en Derecho Comparado por la misma casa de estudios. Profesora de Derecho Privado en la Università Cattolica del Sacro Cuore. Autora de tres libros y más de ochenta artículos sobre responsabilidad civil, derecho de contratos, derecho comparado, propiedad y arbitraje. Correo electrónico: francesca.benatti@unicatt.it.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (*summa cum laude*). Asociado en Vargas Pareja Abogados. Especialista en derecho de contratos, societario, financiamientos, M & A y arbitraje. Ha sido profesor adjunto en Derecho de Obligaciones, Responsabilidad Civil, Análisis Económico del Derecho y Temas de Derecho Societario en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Autor de dos libros, más de treinta artículos y coordinador de cuatro obras colectivas en temas de su especialidad. Correo electrónico: sergio.garcial@pucp.edu.pe.

1. INTRODUCCIÓN

El riesgo legal o normativo se refiere a los cambios en el tiempo de la ley existente al momento de la firma del contrato, incluida la jurisprudencia al respecto, lo cual puede provocar cambios adversos en el contrato. Este riesgo legal puede ser parte de uno mayor: el riesgo político, que se refiere a los cambios que puede implementar una nueva autoridad, como un nuevo presidente o jefe de Estado¹. La materialización de estos riesgos podría generar diferentes efectos, los cuales podrían desencadenar la aplicación de alguna excusa al cumplimiento contractual conforme a la ley aplicable, como el caso fortuito o fuerza mayor (imposibilidad física o legal) o la excesiva onerosidad (riesgo económico), o la activación de algún pacto incorporado en el contrato y relacionado con la ocurrencia de circunstancias inesperadas, como las cláusulas de *force majeure*, *hardship*, MAC (*material adverse change*) / MAE (*material adverse effect*), equilibrio económico-financiero, entre otros. Mientras que algunos de estos pactos no giran en torno al riesgo político o legal, algunos sí lo hacen. Teniendo en cuenta estos vacíos, las partes suelen acordar cláusulas específicas en contratos que estén especialmente expuestos al riesgo político y legal. Aquí destacan las cláusulas de estabilización (especialmente, las jurídicas).

En el derecho de inversiones, es usual que los inversionistas negocien el pacto de estas cláusulas de estabilización frente a los Estados. Por un lado, es interesante observar la estructura contractual de las cláusulas de estabilización, sus consecuencias y los riesgos que buscan regular. Por otro lado, es pertinente prestar atención a la jurisprudencia arbitral y cómo son entendidas en el arbitraje internacional, pues el pacto de las cláusulas de estabilización puede generar tensiones frente a potestades estatales y normas de orden público. Ello se presenta de manera particular en las cláusulas de estabilizaciones relacionadas con el riesgo político y legal.

Para tales efectos, la sección 2 de este trabajo dedica unas breves reflexiones sobre el derecho peruano en torno a los “contratos-ley” o convenios de estabilidad jurídica. La sección 3 trata sobre las cláusulas de estabilización en contratos de inversión, mientras que la sección 4 sobre las cláusulas de estabilización en arbitrajes internacionales. Finalmente, la sección 5 concluye con unas reflexiones en torno al tema.

2. APUNTES SOBRE EL “CONTRATO-LEY” EN EL PERÚ

Una de las normas más controversiales de la Constitución Política del Perú de 1993 para los contractualistas peruanos ha sido y es el artículo 62 y su relación con los

1 A manera introductoria, sobre el riesgo político y legal y el impacto que puede tener en diversos tipos de contratos, véanse de manera general Heller (1978), La Porta Drago (1993), Vermeule (2012), Yackee (2014) y Menchola Arana y Paz Sime (2019).

artículos 1355 y 1357 del Código Civil peruano de 1984 (vigente con anterioridad a la norma constitucional)²:

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 sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

Artículo 1355. La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos.

Artículo 1357. Por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato.

Al respecto, debemos tener en cuenta dos precisiones y advertencias: (1) el artículo 62 es el resultado de una buena intención que tuvo una mala redacción y (2) el artículo 62 debe ser visto desde su ámbito civil, público e internacional para evitar incurrir en lecturas parciales o sesgos.

En primer lugar, el legislador constitucional redactó el artículo 62 con el objetivo de corregir las omisiones del legislador civil en el Código Civil peruano y así reforzar la protección a favor de las inversiones extranjeras.

El original artículo 1134 del Código Civil francés de 1804 señalaba que “las convenciones legalmente formadas tienen el lugar de la ley para aquellos que la hicieron” (*pacta sunt servanda*) y que no pueden ser revocadas sino por el consentimiento mutuo o por las causas que la ley autorice” (santidad contractual):

Art. 1134

Les conventions légalement formées *tiennent lieu de loi* [énfasis añadido] à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent [énfasis añadido] être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi.

2 En relación con las diversas lecturas propuestas por los comentaristas peruanos, véanse De la Puente y Lavalle (1996), Cárdenas Quirós (1997, 2000), Amado y Miranda (2000), Gutiérrez Camacho (2000), Avendaño Valdez (2007), Merino Acuña (2009), Bullard González (2010), Tantaleán Odar (2012), Escobar Rozas y Cabieses Crovetto (2013), Saavedra Velazco (2014), Torres Méndez (2016) y Campos García (2020).

La frase “el contrato tiene ‘el lugar de la ley’” o —en su variante más conocida— es “ley entre las partes” fue propuesta por Domat³ y fue un éxito en la legislación civil comparada⁴. La misma frase fue replicada en las codificaciones civiles de Chile (artículo 1545)⁵, Ecuador (artículo 1588)⁶, Colombia (artículo 1602)⁷, Venezuela (artículo 1159)⁸, Bolivia (artículo 519)⁹, Costa Rica (artículo 1022)¹⁰, Honduras (1348)¹¹, Nicaragua (artículo 1836)¹², Panamá (artículo 976)¹³, República Dominicana (artículo 1134)¹⁴, España (artículo 1091)¹⁵, Italia (artículo 1372)¹⁶, entre otros. Además, las codificaciones civiles de Chile, Ecuador, Colombia, Venezuela, Bolivia e Italia mencionan a la santidad contractual inmediatamente después del *pacta sunt servanda*. Por el contrario, los legisladores peruanos de los Códigos Civiles de 1936 (artículo 1328) y 1984 (artículo 1361) se apartaron de esta técnica legislativa y prefirieron decir que los contratos “son obligatorios”, sin hacer expresa referencia a la santidad contractual:

3 En su obra *Loix civiles dans leur ordre naturel*. Sobre la obra de Jean Domat, véanse Di Nova (1994) y Guzmán Brito (2004a).

4 Sobre el *pacta sunt servanda* y el *sanctity of contract* en general, véanse Kunz (1945), Wehberg (1959), Parry (1959), Block (1981), Di Nova (1994) y Waddams (2019).

5 “Art. 1545. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

6 “Art. 1588. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

7 “Art. 1602. Los contratos son ley para las partes
Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

8 “Art. 1159. Los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la Ley”.

9 “Art. 519. Eficacia del contrato
El contrato tiene fuerza de ley entre las partes contratantes. No puede ser disuelto sino por consentimiento mutuo o por las causas autorizadas por la ley”.

10 “Art. 1022. Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes”.

11 “Art. 1348

Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”.

12 “Art. 1836. Las obligaciones que nacen de los contratos, tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”.

13 “Art. 976. Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”.

14 “Art. 1134. Las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley para aquellos que las han hecho”.

15 “Artículo 1091

Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos”.

16 “Art. 1372 Efficacia del contratto

Il contratto ha forza di legge tra le parti.

Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge.

Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge”.

Artículo 1328. Los contratos *son obligatorios* [énfasis añadido] en cuanto se haya expresado en ellos, y deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

Artículo 1361. Los contratos *son obligatorios* [énfasis añadido] 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.

A pesar de lo anterior, entiéndase que bastaba con el actual artículo 1361 del Código Civil de 1984 para que se entienda que allí está reconocido el *pacta sunt servanda*, así como la santidad contractual; caso contrario, se tendría que concluir que en el Perú los contratos no son ley entre las partes y que cualquiera puede modificarlos. De hecho, en la exposición de motivos se indica que el artículo 1361 significa que el contrato es ley entre las partes¹⁷. Si ello es así, resulta obvio que solo las partes pueden modificarlo.

Argentina es otra jurisdicción civilista cuyo artículo 957 del Código Civil y Comercial de la Nación usa la técnica legislativa de que el contrato “es obligatorio” entre las partes (*pacta sunt servanda*) y, además, indica de manera expresa que solo ellas pueden modificarlo (santidad contractual)¹⁸, al igual que Guatemala, cuyo artículo 1519 del Código Civil indica que el contrato “obliga” a los contratantes (*pacta sunt servanda*), aunque no hace referencia a la santidad contractual¹⁹. Otras jurisdicciones señalan que una parte “se obliga” frente a la otra, como el artículo 1309 del Código Civil de El Salvador²⁰ y el artículo

17 “Este dispositivo repite parte del artículo 1328 del Código Civil de 1936 y su razón de ser está en la fuerza vinculatoria del contrato, que se celebra para ser cumplido, esto es, que está sujeto al denominado deber de observancia (*Pacta sunt servanda*).

Existe, en efecto, un interés fundamental para que se cumpla la palabra prometida, que es lo que confiere seguridad sobre la base del comportamiento leal y honesto de las partes. De faltar esta fuerza vinculatoria, los contratos sólo serían expresiones de buena voluntad o, como se ha dicho ‘simples pedazos de papel’ y su incumplimiento injustificado provocaría graves trastornos sociales. Según se expresó, sólo se ha recogido parte del artículo 1328 del Código Civil derogado, pues de su análisis doctrinario se encontró que ese dispositivo contenía dos proposiciones distintas y que merecían, en consecuencia, un trato separado. En efecto, una primera consiste en la afirmación de que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos y este concepto se resume en la célebre frase de que son ‘ley entre las partes’; en tanto que la segunda afirma que deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de los contratantes”.

18 “Art. 959. Efecto vinculante

Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé”.

19 “Art. 1519. Desde que se perfecciona un contrato obliga a los contratantes al cumplimiento de lo convenido, siempre que estuviere dentro de las disposiciones legales relativas al negocio celebrado, y debe ejecutarse de buena fe y según la común intención de las partes”.

20 “Art. 1309. Contrato es una convención en virtud de la cual una o más personas se obligan para con otra u otras, o recíprocamente, a dar, hacer o no hacer alguna cosa”.

1247 del Código Civil de Uruguay²¹. Por su parte, Portugal señala en el artículo 406 de su Código Civil que el contrato debe ser puntualmente cumplido (*pontualmente cumprido*) y que solo puede ser modificado por mutuo acuerdo (santidad contractual)²². Finalmente, el artículo 6 de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos señala el contrato es “obligatorio” para las partes²³.

Sin perjuicio de estas diversas técnicas legislativas, entiéndase que cuando se dice que “el contrato es obligatorio” o una “parte se obliga” se refiere al *pacta sunt servanda*, y que el *pacta sunt servanda* incluye a la santidad contractual y viceversa.

También téngase en cuenta que en el idioma inglés se usa el término *binding* para referirse al *pacta sunt servanda*, como se observa en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados²⁴, el artículo 1434 del Código Civil de Québec²⁵, el artículo 1.3 de los UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts²⁶, el artículo II. – 1:103(1) del Draft Common Frame of Reference²⁷, el artículo 1.2 de los OHADAC Principles²⁸ y el artículo IV.1.2. de los TransLex Principles²⁹. Asimismo, la sección § 21 del Restatement

21 “Artículo 1247. Contrato es una convención por la cual una parte se obliga para con la otra o ambas partes se obligan recíprocamente a una prestación cualquiera, esto es, a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Cada parte puede ser una o muchas personas”.

22 “Art. 406. Eficácia dos contratos

1. O contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei.

2. Em relação a terceiros, o contrato só produz efeitos nos casos e termos especialmente previstos na lei”.

23 “Art. 6. Fuerza obligatoria del contrato

Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes”.

24 “Art. 26

‘Pacta sunt servanda’

Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith”.

25 “Art. 1434. A contract validly formed binds the parties who have entered into it not only as to what they have expressed in it but also as to what is incident to it according to its nature and in conformity with usage, equity or law”.

26 “Art. 1.3

Binding character of contract

A contract validly entered into is binding upon the parties. It can only be modified or terminated in accordance with its terms or by agreement or as otherwise provided in these Principles”.

27 “Art. II. – 1:103: Binding effect

(1) A valid contract is binding on the parties”.

28 “Ar. 1.2: Pacta sunt servanda

Contract parties are bound to perform the agreed obligations according to contractual terms”.

29 “Art. No. IV.1.2 - Sanctity of contracts

(a) A valid contract is binding upon the parties. It can only be modified or terminated by consent of the parties or if provided for by the law. The parties to a contract must, unless legally excused from performance, perform their respective duties under the contract (*‘pacta sunt servanda’*).

(Second) of Contracts usa el término *binding* para referirse a la vinculatoriedad legal³⁰. Desde que *binding* es traducido al castellano como “obligatorio” o “vinculante” no hay mayor discusión sobre el reconocimiento del *pacta sunt servanda* y la santidad contractual.

Como vemos, existen diversas maneras para referirse a las reglas básicas del derecho de contratos. Como explicaba Di Nova (1994) sobre la expresión de que el contrato es ley entre las partes, “en definitiva, como se ha dicho, no es un problema de fórmula, sino de norma” (p. 120).

Sin embargo, es importante advertir cómo el derecho interno puede ser percibido desde el extranjero. Un abogado francés —por ejemplo— podría tener otra lectura si considera que el original artículo 1134 del Código Civil francés fue replicado en su misma literalidad en otras jurisdicciones civilistas latinoamericanas y europeas, pero no en el Perú³¹. Entonces podría preguntarse —como ocurrió en un caso arbitral internacional— por qué el Código Civil peruano no dice que el contrato es ley entre las partes, como sí lo hacen expresamente otras codificaciones civiles³².

Por ello, en su momento el legislador constitucional de 1993 quiso corregir las omisiones del legislador civil a efectos de atraer la inversión extranjera³³ y, como resultado de ello, redactó el artículo 62 para (1) dejar constancia de que en el Perú el contrato es ley entre las partes, (2) de que en el Perú existe la santidad contractual y (3) de que en Perú

(b) A valid unilateral promise or undertaking is binding on the party giving it if that promise or undertaking is intended to be legally binding without acceptance”.

30 “§ 21. Intention To Be Legally Bound

Neither real nor apparent intention that a promise be legally binding is essential to the formation of a contract, but a manifestation of intention that a promise shall not affect legal relations may prevent the formation of a contract”.

31 Sobre el Código Civil francés y su recepción en Latinoamérica, véanse Ramos Núñez (1995, 1997), Guzmán Brito (2004b, 2004c), Mirrow (2004) y Fernández Rozas (2005); así como los trabajos publicados en Henríquez Herrera y Corral Talciani (2004) y Serrano Migallón (2017). También véase Arregui Zamorano (2012).

32 Otras codificaciones civilistas incluso no contienen ninguna referencia expresa, de una u otra manera, sobre el *pacta sunt servanda*, como Cuba.

33 Torres y Torres Lara (1998, p. 33) explicaba lo siguiente: “Uno de los cambios introducidos por la Constitución del 93, es la prohibición expresa de que el Estado pueda modificar mediante leyes u otras disposiciones, los contratos. Esto es una respuesta al excesivo intervencionismo con que el Estado penetró casi por completo su seguridad. En algunas áreas como el arrendamiento de precios, el Estado llegó a dictar (como en otros países, entre ellos nada menos que en Francia o Italia) leyes ampliando el tiempo de vigencia de los contratos, reduciendo la merced conductiva o impidiendo el desalajo aún con sentencias en etapa de ejecución. La Constitución del 93 pretende retornar a un régimen de mayor seguridad contractual, trasladando a la vía judicial, la solución de conflictos por excesiva onerosidad, por modificación substancial de las condiciones pre-existentes o por cualquier otra razón que justifique una revisión y ajuste al contrato”.

Sobre el desarrollo de la economía peruana en la época de los noventa y su atractivo frente a las inversiones extranjeras, pueden consultarse los trabajos publicados en Paredes y Sachs (1991). También, y sobre la privatización en el caso peruano, véase Barrantes et al. (2003).

el Estado puede suscribir cláusulas de estabilización en materia jurídica (*stabilization clauses*) —como son conocidas en contratos internacionales de inversión³⁴—.

Vale mencionar que el artículo 62 representa una novedad legislativa en materia constitucional al regular expresamente a la santidad contractual, la cual estuvo inspirada en la *contract clause* del primer párrafo de la Section 10 del Article I de la Constitution of the United States (1787), la cual regula a la *sanctity of contract*, aunque para ser más precisos esta noción de *sanctity* no se limita a los *contracts* sino también —y sobre todo— a la *private property*:

No State shall [énfasis añadido] enter into any Treaty, Alliance, or Confederation; grant Letters of Marque and Reprisal; coin Money; emit Bills of Credit; make any Thing but gold and silver Coin a Tender in Payment of Debts; pass any Bill of Attainder, ex post facto Law, or Law impairing the Obligation of Contracts [énfasis añadido] or grant any Title of Nobility³⁵.

Otro antecedente lo encontramos en el artículo 13 de la Constitución de Cuba de 1901: “Las obligaciones de carácter civil que nazcan de los contratos o de otros actos u omisiones que las produzcan, no podrán ser anuladas, ni alteradas por el Poder Legislativo ni por el Ejecutivo”.

Luego, el artículo 23 de la Constitución cubana de 1940 incluyó una redacción más extensa al respecto:

34 La doctrina legal peruana ha prestado poca atención a las cláusulas de estabilización en el ámbito internacional, salvo López Fung (2020), Núñez del Prado y Simó García (2020) y Núñez del Prado et al. (2021). En otras jurisdicciones de América también se discute sobre la estabilidad jurídica a favor de las inversiones extranjeras, como Galarza Muñoz (2018) en Ecuador, Torrealba (2008) en Venezuela, Galán Barrera (2006) y Pérez Rendón (2015) en Colombia, Sommer (2013) en Argentina, Alba Betancourt (2009) en México y Mortimore (2009) en América Latina y el Caribe. En general, sobre Latinoamérica y el arbitraje de inversión, véanse Granato y Oddone (2007), De Trazegnies (2008), Fach Gómez (2011), Lazo (2014), Segura España (2014), Cervantes Valarezo (2017) y Olivet y Ghiotto (2021).

35 También téngase presente la Section 1 del Amendment XIV (1868): “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”.

Respecto a la *contract clause* destacan los fallos de la Supreme Court en *Fletcher v. Peck* (1810) y *Dartmouth College v. Woodward* (1819), conforme a lo señalado por John Marshall. Si bien lo referido por Marshall representó en su momento una aplicación estricta de la *contract clause*, en posteriores casos, como *Charles River Bridge v. Warren Bridge* (1837) y *Home Building & Loan Association v. Blaisdell* (1934), se empezó a relativizar esta santidad por razones de interés público. Sobre la *contract clause* y el *case law* americano, véanse McBain (1914), Johnson (1928), Kauper (1932), Wright (1938) y Mendelson (1949) [nota al pie de los autores].

Las obligaciones de carácter civil que nazcan de los contratos o de otros actos u omisiones que las produzcan no podrán ser anuladas ni alteradas por el Poder Legislativo ni por el Ejecutivo y, por consiguiente, las Leyes no podrán tener efecto retroactivo respecto a dichas obligaciones. El ejercicio de las acciones que de éstas se deriven podrá ser suspendido, en caso de grave crisis nacional, por el tiempo que fuere razonablemente necesario, mediante los mismos requisitos y sujeto a la impugnabilidad a que se refiere el párrafo primero del artículo anterior³⁶.

La disposición citada se replicó de manera idéntica en el artículo 23 de la Ley Fundamental de Cuba de 1959. Posteriormente, la santidad contractual cubana no fue reconocida en las Constituciones de 1976 y 2019.

A pesar de las buenas intenciones del legislador constitucional peruano de importar la santidad contractual y dejar constancia de que el contrato es ley entre las partes, la técnica legislativa no fue la mejor y se empezó a hablar de “contratos-ley” (también conocidos en el Perú como convenios de estabilidad jurídica o en la contratación internacional como cláusulas de estabilización) para otorgar “garantías y seguridades” específicas, como la inalterabilidad tributaria, cambiaria, laboral, entre otros aspectos. Esta mención a los “contratos-ley” era innecesaria, pues estos ya estaban reconocidos de manera general por el artículo 1357 del Código Civil sin hablar de “contratos-ley”, además de la regulación en leyes especiales (antes y después de 1993), que prefieren el término “convenio de estabilidad jurídica”³⁷. Entonces, se empezó a generar una confusión terminológica. ¿Los contratos son ley entre las partes bajo el Código Civil peruano, pero también hay “contratos-ley” bajo la Constitución? ¿Un tipo de contrato es “más ley” que el otro?

Sobre el contenido de los “contratos-ley”, es importante subrayar que las “garantías y seguridades” que se otorgan a través de ellos son las que están fuera de la autonomía privada y la libre disponibilidad de las partes, esto es, las gobernadas por normas de derecho público. Por ejemplo, entre privados se pueden transferir un departamento, pero no las ruinas de Machu Picchu. Igualmente, los privados pueden asignarse entre ellos el

36 Sobre el contexto social de la época en que se redactó la Constitución de 1940, Guancho (2017, pp. 68-69) explicaba que “para los defensores de la moratoria, el liberalismo económico fue el principal causante del desastre. Cuestionaban la ‘santidad’ de los contratos y la imposición del derecho adquirido sobre el derecho ‘a la vida’ (el lema de la Asociación Nacional de Propietarios era ‘vivir es primero’). La prevalencia de estas nociones liberales, hacían imposible, según sus críticos, la consecución de un rumbo capaz de lograr un ‘capitalismo humanizado’. La defensa de los deudores, dentro del marco general de impugnación del derecho ilimitado de propiedad privada y de necesidad de intervención sobre la economía, representaba el propósito de refundar el capitalismo cubano poscrisis sobre nuevas bases” [nota al pie de los autores].

37 Las leyes especiales son las encargadas de definir el ámbito de aplicación de los “contratos-ley” o convenios de estabilidad jurídica según sectores específicos. Primero, los Decretos Legislativos 662 y 757 presentaron una regulación general (y la Ley 27342 al respecto), pero luego se emitieron normas específicas, como el TUO de la Ley General de Minería o el TUO de la Ley Orgánica de Hidrocarburos. Véase Danós Ordóñez (2013).

costo tributario de un contrato, pero no alterar la calidad de contribuyente definido por ley. Entonces, las “garantías y seguridades” consisten en el “congelamiento” de normas de derecho público que no están dentro de la libre disponibilidad de las partes, como las normas tributarias, cambiarias, entre otras. En ello consiste la protección adicional que se puede otorgar mediante el “contrato-ley”. De allí que Cárdenas Quirós (1997, 2000) señalara que mediante cualquier contrato se garantiza la inalterabilidad de las normas dispositivas vigentes a la firma del contrato, pero no de las imperativas, las cuales solo pueden “congelarse” mediante “contratos-ley”, aunque una contraposición más exacta sería referirse a los contratos de derecho privado versus los contratos de derecho público. Y fijémonos que, cuando se habla de “congelamiento” de la norma, ello no significa que el Estado no pueda legislar. Podrá hacerlo, pero dicho cambio no será oponible a los contratos protegidos por un —valga la redundancia— “contrato-ley”; caso contrario, se configuraría un incumplimiento contractual. Sin embargo, el ámbito de aplicación del “contrato-ley” no termina allí.

En el Expediente 005-2003-AI/TC (caso Telefónica)³⁸, el Tribunal Constitucional del Perú³⁹ resolvió sobre una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 26285, la cual dispuso la desmonopolización progresiva de los servicios públicos de telecomunicaciones de telefonía fija local y de servicios de portadores de larga distancia. En específico, la demanda de inconstitucionalidad se planteó contra el artículo 3, que señala lo siguiente: “Artículo 3. Los contratos de concesión que celebre el Estado para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones tienen carácter de contrato-ley”.

¿No se suponía que mediante “contrato-ley” se otorgan “garantías y seguridades” específicas como la estabilidad tributaria? Al final, el Tribunal Constitucional consideró que la norma no era inconstitucional, pues la ley sectorial podía definir el ámbito de aplicación del “contrato-ley” respectivo según sea necesario por el interés público (en este caso, para desmonopolizar el mercado de telecomunicaciones), y que en virtud de ello se podía legislar que todo el contrato (entiéndase, todas sus cláusulas) sea a su vez “contrato-ley”. Entonces, ¿cómo queda el derecho peruano? ¿Los contratos bajo el Código Civil son ley entre las partes, pero también hay “contratos-ley” bajo la Constitución para aspectos específicos, sin perjuicio de que haya contratos que en todo su contenido puedan ser “contrato-ley”?

Se entiende la necesidad de proteger a la inversión extranjera, pero para ello no era necesario crear confusiones legales, y el Tribunal Constitucional no aprovechó la oportunidad para aclarar el panorama y generó aún más confusión. Si todo contrato ya es ley entre las partes, lo que correspondía —si se quería otorgar aún más protección— era que

38 Sobre el caso Telefónica, véase Barrantes et al. (2003).

39 Respecto a otros casos constitucionales en materia contractual, véase Landa (2014).

la ley sectorial determinase cuáles serían las específicas “garantías y seguridades” que se podrían otorgar mediante “contrato-ley” en el sector telecomunicaciones. Sin embargo, señalar que todo el contrato de concesión es “contrato-ley” puede sonar bien para proteger la inversión extranjera (incluso hasta ser populista), pero ello no debe realizarse por las vías legales incorrectas. En el derecho de contratos ya existen el *pacta sunt servanda* y la santidad contractual. Pareciera que el legislador de telecomunicaciones también quiso corregir las omisiones del legislador civil y, ante la duda, prefirió por la regla “mejor que sobre a que falte”, incluso si en el camino se generase más confusión legal.

Hace varios años en el arbitraje internacional que mencionábamos se evidenció lo complicado que era explicar ante un tribunal internacional lo que es el “contrato-ley” en el Perú. Según el laudo, parece que nunca entendieron, pero era de esperarse. Cómo se le podría explicar a un tribunal extranjero un derecho nacional incoherente⁴⁰.

3. LAS CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN EN CONTRATOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN

El Estado, como tal, mantiene su soberanía que proviene del derecho público, lo cual incluye la posibilidad de emitir nueva normativa jurídica que pueda afectar la ejecución de contratos en curso. Este riesgo normativo o *aléa de la souveraineté* es un riesgo cierto y conocido por el inversionista y, como tal, en los contratos de inversión se suelen incluir cláusulas contractuales que otorguen protección al inversionista frente al poder público de carácter irrenunciable de los Estados.

Tenemos cuatro medidas contractuales que pueden pactarse para proteger al inversionista⁴¹. Primero, la desnacionalización del contrato para extraerlo del derecho nacional del Estado y someterlo a los principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o algún instrumento internacional de uniformización. Segundo, el pacto de arbitraje internacional para extraerse de la jurisdicción del Estado (el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones [CIADI], por ejemplo). Tercero, el pacto de cláusulas de estabilización normativa que permita congelar un marco jurídico vigente al momento de la suscripción del contrato. Cuarto, la inclusión de cláusulas de renegociación que se activen ante la materialización del *aléa de la souveraineté*.

40 Sobre la participación del Perú en arbitrajes de inversiones, véase el reciente reporte de Müller y Olivet (2021), el cual señala que a diciembre del 2020 el Perú acumulaba un total de veinticinco demandas de inversores y fue el país más demandado del mundo en el 2020 y el cuarto más demandado en América Latina y el Caribe. También puede consultarse el reporte de Olivet et al. (2021), que informa que a diciembre del 2020 había trescientas tres demandas contra países de América Latina y el Caribe, lo cual representa un 27,4 % de las demandas a nivel mundial y hace que se trate de la segunda región más demandada del mundo.

41 Véanse Peter (1986) y Bernardini (1998).

A efectos de este trabajo, conviene enfocarnos en las cláusulas de estabilización y las cláusulas de renegociación. Si bien ambas cláusulas son distintas, pueden interactuar entre ellas y complementarse, sobre todo cuando una cláusula de estabilización incluye un pacto de renegociación.

Es típico que en contratos internacionales de inversión celebrados entre el Estado y el inversionista se proceda a renegociar el contrato, sea *de facto* (de manera espontánea) o en virtud de un pacto que disponga la renegociación bajo ciertas circunstancias (renegociación convencional).

Salacuse (2001) propone una interesante clasificación de la renegociación: (1) *post-deal renegotiations* (renegociación después del contrato), que consiste en la renegociación que surge ante el término del plazo del contrato, a efectos de continuar con la relación contractual, pero con nuevos términos y condiciones; (2) *intra-deal renegotiations* (renegociación dentro del contrato), que consiste en la renegociación que se activa bajo determinados supuestos según el esquema contractual pactado por las partes, y (3) *extra-deal renegotiations* (renegociación fuera del contrato), que surge al margen del contrato o incluso en contra de este, de manera que suele dar lugar a renegociaciones forzadas y estresantes.

Las cláusulas de renegociación son supuestos de *intra-deal renegotiations* que pueden activarse ante determinadas circunstancias. La renegociación convencional puede ser amplia y materializarse en cláusulas específicas, como las cláusulas *hardship* en contratos comerciales, las cláusulas de *force majeure*, las cláusulas de estabilización en contratos de inversión, las cláusulas de equilibrio económico-financiero en contratación pública, las cláusulas escalonadas en arbitraje, entre otras.

Además, la existencia de un pacto también podría generar *extra-deal renegotiations*. Por ejemplo, si ocurre excesiva onerosidad y el contrato tiene una cláusula *hardship*, entonces debería seguirse el procedimiento regulado por ella. Pero si para el caso concreto tal procedimiento no le conviene a la parte afectada con la excesiva onerosidad podría optar por no seguirlo y actuar al margen del contrato. También podría ocurrir que el contrato no tenga un pacto específico, ante lo cual aplicaría una ley nacional. Si la ley aplicable no reconoce a la excesiva onerosidad o reconoce un modelo de excesiva onerosidad que no le conviene a la parte afectada, dicha parte afectada podría elegir por actuar al margen de la ley aplicable.

Por otro lado, tenemos a las cláusulas de estabilización, las cuales pueden ser entendidas en sentido amplio para abarcar distintos supuestos específicos: (1) cláusulas que congelan la normativa jurídica (cláusulas tradicionales de estabilización), (2) cláusulas que buscan mantener el equilibrio económico del contrato (cláusulas modernas de estabilización o de estabilización económica) y (3) cláusulas mixtas (normativas y económicas)⁴².

42 Véase Gjuzi (2018).

Estas cláusulas comenzaron a introducirse en la primera mitad del siglo pasado en los contratos de concesión entre los Estados latinoamericanos y las empresas estadounidenses para limitar o evitar el riesgo de expropiación y nacionalización. En *Aminoil v. Kuwait* (1982), sir Gerald Fitzmaurice destaca que

el Estado, por su parte, esperaría a que la empresa superara los problemas de la “dentición” y se convirtiera en un “negocio en marcha” y entonces intervendría y se haría cargo de ella. La aplicación de la “nacionalización” no estaba entonces muy en boga, pero el efecto era el mismo, a saber, que el Estado adquiría obligatoriamente la empresa, bien para explotarla él mismo, bien para entregarla a una sociedad de nacionalidad local ... A la luz de estos hechos, se empezaron a introducir cláusulas de estabilización en los contratos de concesión, especialmente por parte de las empresas americanas, a la vista de su experiencia en América Latina, y con el objetivo expreso de garantizar que las concesiones durasen todo el tiempo, salvo en el caso de que la propia concesión otorgase un derecho de rescisión anticipada.

Luego estas cláusulas se extendieron a casi todos los contratos de inversiones y a muchos sectores⁴³. Como fue subrayado en *Texaco Overseas Petroleum Co. and California Asiatic Oil Co. v. The Government of the Libyan Arab Republic* (1977), tales cláusulas son justificadas

por las considerables inversiones que realiza [el inversor] en el país en cuestión. El inversor debe estar protegido, en particular, contra las inseguridades jurídicas, es decir, contra los riesgos de modificación del derecho municipal del país de acogida o contra cualquier medida gubernamental que conduzca a la derogación o a la rescisión del contrato. (p. 456)

En primer lugar, tenemos a las cláusulas de estabilización jurídica⁴⁴. Teniendo en cuenta el poder inherente del Estado de emitir nueva normativa jurídica, las cláusulas de estabilización jurídica tienen el objetivo de congelar —a efectos del contrato— cierto paquete normativo existente a la fecha de celebración de este. De esa manera, cualquier norma posterior no puede modificar o de manera general producir un impacto en el contrato. Así, el inversionista tiene seguridad de que su contrato no se verá afectado por nuevas normas jurídicas de carácter público. La intención de la cláusula de estabilización es reconfirmar y darle más fuerza al *pacta sunt servanda* y a la santidad contractual en este contexto en donde interviene el Estado y aplica el derecho público (Gjuzi, 2018). Como tal, el paquete normativo que se estabiliza es uno de derecho público, que está fuera de la libre disponibilidad de las partes.

43 Sobre los diferentes sectores en que se pactan cláusulas de estabilización, véanse Bernardini (2008), Maniruzzaman (2007a, 2007b, 2008) y Ng'ambi (2012).

44 García-Amador (1993), Comeaux y Kinsella (1994), Peter (1998), Coale (2002), Horn (2004, pp. 12-13), Frank (2015) y Gehne y Brillo (2017).

Fijémonos que las cláusulas de estabilización normativa no impiden que el Estado pueda emitir nueva normativa, al ser este poder legislativo parte de su soberanía de derecho público. Lo que hace la cláusula de estabilización es que el inversionista pueda alegar como incumplimiento contractual el hecho de que un cambio normativo en el tiempo se quiera aplicar u oponer a su contrato. Si se pactó una cláusula de estabilidad normativa para congelar cierta normativa existente a la fecha de suscripción del contrato, esto significa que la norma jurídica puede cambiar de manera general, pero no para su contrato. No le sería oponible. De presentarse un incumplimiento, el inversionista podría someter la controversia ante un tribunal internacional. Esto evita que el Estado, de manera oportunista, pretenda usar su poder para cambiar la norma jurídica en general y así pueda afectar directamente un contrato celebrado con cierto inversionista particular.

La jurisprudencia ha examinado la naturaleza de este tipo de cláusula con resultados diferentes. Mientras que en el caso *Burlington v. Ecuador* (2012) se calificó como una cláusula de estabilización, en el caso *Perenco v. Ecuador* (2014) la solución fue la contraria, pues el tribunal arbitral observó que

si bien estas cláusulas estaban claramente diseñadas para proteger la negociación contractual, en opinión del Tribunal no constituyen cláusulas de estabilización per se. Por sus propios términos (por ejemplo, en “el caso de una modificación del régimen fiscal o la creación ... de nuevos impuestos no previstos en este Contrato ...”) los Contratos claramente no pretendían congelar la ley ecuatoriana en el momento de su firma y prohibir al Estado modificar el régimen fiscal.

En segundo lugar, se encuentran las cláusulas de estabilización económica, las cuales pueden incluir un pacto de renegociación⁴⁵. Se considera que la renegociación privada puede ser un buen inicio para que las partes intenten llegar a una solución por ellas mismas y así no sea necesario acudir a las cortes (Gjuzi, 2018).

El desequilibrio económico es un problema sobre el cual se han propuesto diversas soluciones a nivel nacional e internacional. Los derechos nacionales hablan de *imprévision*, *Geschäftsgrundlage*, *excessiva onerosità sopravvenuta*, *rebus sic stantibus*, *impracticability*, *frustration of purpose*, entre otros; mientras que en el derecho internacional se habla de *change of circumstances* y *hardship*. Además, la práctica contractual ha estandarizado el uso de cláusulas específicas como las cláusulas *hardship* o las cláusulas MAC/MAE⁴⁶.

45 Sobre la renegociación y adaptación de contratos internacionales de inversión, véanse Kolo y Walde (2000), Salacuse (2001), Berger (2003), Gotanda (2003), Kröll (2004), Al Faruque (2008), Russi (2008), Ng'ambi (2014) y Florou (2020).

46 Sobre las diferentes maneras de afrontar la excesiva onerosidad o *hardship*, véanse García Long (2020) y Benatti (2021). Sobre el cambio de circunstancias y la cláusula MAC/MAE en contratos corporativos, véase García Long (2016).

A pesar de las diferentes perspectivas, todas buscan darle una solución al desequilibrio económico. En el fondo, la diferencia está en el modelo contractual empleado. Los modelos anglosajones prefieren procedimientos privados que solo excusan a la parte afectada del cumplimiento del contrato mientras dura la excesiva onerosidad y/o habilitan la terminación del contrato (por la parte afectada o la contraparte, según corresponda). No se admite la intervención de las cortes ni la renegociación. Por el contrario, los modelos civilistas tienen una preferencia por judicializar el procedimiento de la excesiva onerosidad y admiten la renegociación. Proponen una primera etapa de renegociación privada del contrato y, ante la falta de acuerdo entre las partes, cualquiera de ellas podrá solicitar a una corte la adaptación o la terminación del contrato. Partiendo de estas premisas, los contratos internacionales de inversión también tienen un modelo particular para solucionar el problema del desequilibrio económico.

Las cláusulas de estabilización económica buscan garantizar el equilibrio económico del contrato durante toda su vigencia y, como tales, regulan un procedimiento contractual que puede ser preventivo o reactivo frente a circunstancias concretas. Este procedimiento contractual involucra una etapa de renegociación entre las partes. La cláusula es preventiva cuando dispone que el contrato deberá revisarse, por ejemplo, cada diez años a través de una renegociación a efectos de realizar los ajustes necesarios de ser el caso. Por el contrario, será reactiva cuando la cláusula se active ante la ocurrencia de algún acontecimiento específico que afecte la economía del contrato.

Estas cláusulas de estabilización económica poseen una lógica particular, pues se incorporan a contratos que se rigen por el derecho público y el privado, y porque tienen una extensa duración. Por ejemplo, un contrato de hidrocarburos es un contrato público por su objeto (los recursos naturales son del Estado), pero se rige por el derecho privado en relación con su negociación, interpretación, ejecución y terminación (sin perjuicio de aquella normativa pública que también sea aplicable). Como tal, la aplicación del derecho público exige tomar en cuenta consideraciones adicionales como el riesgo político, el normativo, el interés público, entre otros aspectos que pueden afectar al contrato y que exceden al derecho privado. Además, estos contratos suelen tener una larga duración.

Bajo este contexto, si un inversionista celebra un contrato para invertir una suma millonaria en la exploración y explotación de hidrocarburos por cincuenta años, será difícil anticipar desde la fecha de firma del contrato todas las contingencias que puedan afectarlo. Ante ello, las partes podrán pactar una cláusula que les permita revisar la economía del contrato cada cierto tiempo (de manera preventiva) o ante la materialización efectiva de ciertos eventos (de manera reactiva). Si partimos de la premisa de que los contratos de duración son contratos incompletos, entonces la renegociación puede

servir como una interesante y útil vía para buscar la cooperación entre las partes. Así, las partes logran que el contrato tenga estabilidad pero también flexibilidad⁴⁷.

Fijémonos que en las cláusulas de estabilización económica no se necesita que ocurra efectivamente excesiva onerosidad para que se active la renegociación del contrato y pueda revisarse el equilibrio económico del contrato, desde que esta puede ser preventiva. Este es un aspecto interesante que demuestra cómo una cláusula de estabilización económica puede ser más amplia y no limitarse al ámbito de aplicación de la excesiva onerosidad según la ley nacional aplicable, las cláusulas *hardship* en contratos comerciales o las cláusulas MAC/MAE en contratos corporativos o financieros⁴⁸.

En tercer lugar, están las cláusulas de estabilización mixtas, que pueden cubrir el riesgo normativo y el equilibrio económico del contrato. Se suele pactar una cláusula que se activa ante la promulgación de una ley que afecte el equilibrio económico del contrato⁴⁹. En este caso se identifica que el cambio adverso podría consistir en una modificación normativa y que la consecuencia adversa sería el desequilibrio económico. De ocurrir ello, se activa la renegociación del contrato y, ante la falta de acuerdo, cualquiera de las partes podrá acudir a los tribunales. Esta cláusula no incluye estabilidad de una normativa jurídica. Así, esta cláusula sería limitada en comparación con las amplias cláusulas de estabilidad jurídica o económica.

Además, a diferencia de la estructura contractual de la cláusula *hardship*, que puede habilitar la resolución del contrato, la cláusula de estabilización económica puede estar estructurada de tal manera que ante un cambio normativo las partes deban seguir adelante con el contrato, pero adaptándolo al cambio de circunstancias. En caso de que las partes no puedan ponerse de acuerdo en la adaptación, se acudirá a un tercero para que la realice. Al tratarse de contratos de larga duración, se entiende la preferencia por la conservación del contrato. Además, téngase en cuenta el interés público involucrado en el contrato que podría hacer aplicables otras reglas de derecho público, como el principio de conservación de los servicios públicos, el cual exigiría la conversación del contrato sobre su terminación.

Los siguientes casos son ejemplos de cláusulas de estabilización mixtas destinadas a proteger el equilibrio económico del contrato ante un cambio normativo. El artículo 34.12 "Equilibrium of the Agreement" del Model Exploration and Production Sharing Agreement of 1994 of Qatar señala lo siguiente:

Whereas the financial position of the Contractor has been based, under the Agreement, on the laws and regulations in force at the Effective Date, it is

47 Kolo y Walde (2000) y Salacuse (2001, p. 1327).

48 Véase Peter (1986, pp. 30-31).

49 Véanse Bernardini (1998), Al Faruque (2008) y Ng'ambi (2014).

agreed that, if any future law, decree or regulation affects Contractor's financial position, and in particular if the customs duties exceed ... percent during the term of the Agreement, both Parties shall enter into negotiations, in good faith, in order to reach an equitable solution that maintains the economic equilibrium of this Agreement. Failing to reach agreement on such equitable solution, the matter may be referred by either Party to arbitration pursuant to Article 31.

Asimismo, la cláusula de "Economic Stabilization" del Petroleum Production Sharing Agreement suscrito en 1995 por State Oil Company of the Azerbaijan Republic y un consorcio de compañías petroleras indica lo siguiente:

The rights and interests accruing to Contractor (or its assignees) under this Agreement and its Sub-contractors under this Agreement shall not be amended, modified or reduced without the prior consent of Contractor. In the event that any Government Authority invokes any present or future law, treaty, intergovernmental agreement, decree or administrative order which contravenes the provisions of this Agreement or adversely or positively affects the rights or interests of Contractor hereunder, including, but not limited to, any changes in tax legislation, regulations, or administrative practice, or jurisdictional changes pertaining to the Contract Area, the terms of this Agreement shall be adjusted to re-establish the economic equilibrium of the Parties, and if the rights or interests of Contractor have been adversely affected, then the State entity shall indemnify the Contractor (and its assignees) for any benefit, deterioration in economic circumstances, loss or damages that ensue therefrom. The State entity shall within the full limits of its authority use its reasonable lawful endeavours to ensure that the appropriate Governmental Authorities will take appropriate measures to resolve promptly in accordance with the foregoing principles any conflict or anomaly between any such treaty, intergovernmental agreement, law, decree or administrative order and this Agreement.

Como vemos, partiendo del poder que tiene el Estado para legislar, los inversionistas buscan protegerse del riesgo político y legal con el pacto de cláusulas específicas. Si tenemos en cuenta las cláusulas de estabilización en contratos de inversión, no debería haber inconvenientes para interpretar correctamente el artículo 62 de la Constitución Política del Perú, a pesar de su mala redacción y su referencia a los "contratos-ley".

Cabe destacar que, independientemente del modelo adoptado, existe una evolución de las cláusulas de estabilización, de las amplias hacia las estrechas⁵⁰. Ahora es habitual que se restrinjan:

- a. a un importe mínimo invertido,
- b. a determinados tipos de regulación,
- c. solo a las normas discriminatorias o arbitrarias.

50 Véase Papaefstratiou (2021).

La razón se debe a la percepción de las cláusulas de estabilización como un posible obstáculo para una mejor regulación en los países en desarrollo en términos de respeto a los derechos humanos y al medioambiente. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés) advierte que

las cláusulas de estabilización deben tratarse con precaución, dada la naturaleza controvertida de dichas cláusulas y el hecho de que, en la práctica, se han utilizado para impedir la aplicación de leyes socialmente importantes, como la legislación medioambiental y de derechos humanos, a los inversores. (p. 35)

4. LAS CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Las cláusulas de estabilización (sobre todo las jurídicas) constituyen uno de los aspectos más complejos y controvertidos del derecho internacional. La jurisprudencia, especialmente la de arbitraje, se ha centrado en analizar su validez y los límites de su aplicación. De hecho, es necesario equilibrar la necesidad de seguridad y protección de los inversores con la necesidad de que los Estados modifiquen sus leyes y reglamentos para adaptarse a las nuevas circunstancias y problemas concretos. Como ha sido destacado en *Marvin Feldman v. México* (2002):

Las formas en que las autoridades gubernamentales pueden obligar a una empresa a abandonar su actividad, o a reducir significativamente los beneficios económicos de la misma, son muchas. En el pasado, los impuestos confiscatorios, la denegación del acceso a las infraestructuras o a las materias primas necesarias, la imposición de regímenes reguladores poco razonables, entre otros, se han considerado acciones expropiatorias. Al mismo tiempo, los gobiernos deben ser libres de actuar en el interés público más amplio mediante la protección del medio ambiente, regímenes fiscales nuevos o modificados, la concesión o la retirada de subvenciones gubernamentales, la reducción o el aumento de los niveles arancelarios, la imposición de restricciones de zonificación y similares. Una regulación gubernamental razonable de este tipo no puede lograrse si cualquier empresa que se vea afectada negativamente puede pedir una compensación, y es seguro que el derecho internacional consuetudinario reconoce esto.

Los primeros casos de la década de 1970 se centraron en la validez de las cláusulas de estabilización a la luz del principio de soberanía estatal.

Se pueden encontrar tres tesis:

- a. algunas decisiones sostenían que la renuncia a la facultad de cambiar su regulación era un ejercicio de soberanía;
- b. otros afirmaron que los Estados conservaban la facultad de expropiar o nacionalizar, pero debían garantizar una compensación justa, y

- c. según una orientación diferente, las cláusulas solo imponían al Estado el deber de actuar de buena fe, pero no afectaban su soberanía.

Sin embargo, se observa⁵¹ con razón que las diferencias teóricas no se tradujeron en resultados diferentes: en general, siempre se concedió una compensación. Relevante es *LETCO v. Liberia* (1986), en que se señaló lo siguiente:

Esta cláusula, comúnmente denominada “cláusula de estabilización”, se encuentra habitualmente en los contratos de desarrollo a largo plazo y, al igual que los procedimientos de notificación del Acuerdo de Concesión, tiene por objeto evitar las acciones arbitrarias del gobierno contratante. Esta cláusula debe respetarse, especialmente en este tipo de acuerdos. De lo contrario, el Estado contratante podría eludir fácilmente sus obligaciones contractuales mediante la legislación.

La cuestión de la validez de estas cláusulas a la luz de las leyes nacionales es más compleja. Se tiende a introducir o utilizar principios que pueden conducir a su nulidad (Erkan, 2011). Recientemente, en Israel el Tribunal de Justicia invalidó una de estas cláusulas contenidas en el plan del gas. Es interesante observar que esta cláusula fue defendida tanto por el Estado como por los inversores frente a la opinión contraria de varias ONG y parlamentarios. La decisión fue muy debatida porque es una de las primeras de este tipo. Comenta De Vries (2017) que

el HCJ [Israel’s High Court of Justice] ofrece una interesante perspectiva de un tribunal nacional al examinar la cuestión: ¿tiene un gobierno la facultad de comprometerse con una SC [stabilization clause] cuando dicho compromiso podría equivaler a una renuncia efectiva al ejercicio de los derechos soberanos que le asigna la ley? La respuesta del HCJ a esta pregunta —al menos en el contexto israelí— es negativa. Por lo tanto, aunque se considere que una SC de la variedad de congelación parcial bloquea el ejercicio de la discrecionalidad del Gobierno, podría ser declarado nulo. (p. 338)

Sin embargo, la tensión entre el principio de soberanía estatal y la cláusula de estabilización lleva a la necesidad de una interpretación de las cláusulas que no sea ni demasiado restrictiva ni demasiado amplia, como se muestra en la decisión del caso *Bogdanov v. Moldova* (2013).

En primer lugar, hay que identificar los comportamientos del Estado que pueden dar lugar a un incumplimiento de la cláusula. En *Duke v. Perú* (2008) se acoge una visión amplia: el tribunal afirmó que esta disposición abarca no solo las modificaciones de la legislación fiscal aplicable, sino también los cambios en su interpretación y aplicación por parte de los órganos administrativos o judiciales. Además, el incumplimiento del compromiso de estabilización de la carga fiscal puede verificarse incluso “en ausencia

51 Gehne y Brillo (2017).

de pruebas ... de una interpretación o aplicación estable". Por ejemplo, cuando no hay una interpretación o aplicación estable que sea "patentemente irrazonable" o "arbitraria", el tribunal no debe realizar un ejercicio "comparativo", es decir, examinar si la interpretación administrativa o judicial representa un cambio en comparación con la práctica interpretativa anterior y estabilizada.

En segundo lugar, el comportamiento del Estado debe valorarse de buena fe y, por lo tanto, las circunstancias del caso concreto son determinantes. De hecho, es una opinión bien establecida que la conducta no debe ser arbitraria. Sobre todo, la evaluación de la nueva legislación ha de realizarse teniendo en cuenta todas sus implicaciones y no solo las desfavorables para el inversor⁵²:

Quando se promulga y aplica una nueva ley, ésta debe ser examinada en su totalidad, y también debe situarse en su contexto general. La estabilización no puede significar que un inversor tenga derecho a escoger las disposiciones favorables de una nueva legislación y solicitar que se le exima de la aplicación de las disposiciones desfavorables. Esto no sólo sería inmanejable, sino que también crearía problemas de transparencia y previsibilidad en cuanto a qué disposiciones se aplican a un inversor concreto y cuáles no. El hecho de que disposiciones específicas dentro del marco legal general puedan haber tenido efectos adversos en las operaciones y negocios de los Demandantes no puede, por lo tanto, ser suficiente para concluir que la posición de los Demandantes fue "adversamente afectada" bajo el Artículo 6 de la FIL de 1994. (AES Corporation and Tau Power B.V. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/10/16. Award 1 December 2013)

Por último, hay que considerar en qué medida la cláusula de estabilización y las obligaciones asumidas por el Estado han afectado la decisión de invertir y si han creado expectativas legítimas. Estos perfiles son complejos y dependen de un examen de diferentes factores. En particular, las expectativas legítimas tienen que estar por encima de las meras expectativas, aspiraciones o esperanzas subjetivas del inversor y evaluarse objetivamente a la luz de todas las circunstancias en las que se realizó la inversión, incluida la situación imperante en el Estado en el que se lleva a cabo la inversión y teniendo en cuenta los derechos del Estado. Según la jurisprudencia en *Continental Casualty v. Argentina* (2008) es posible distinguir entre: (a) las declaraciones políticas, que "tienen el menor valor jurídico"; (b) los compromisos contractuales, que "por regla general" crean derechos legales y, por lo tanto, expectativas de cumplimiento, y (c) las declaraciones legislativas genéricas, que "engendran expectativas reducidas". Entonces, las cláusulas de estabilización parecen generar expectativas legítimas, aunque nunca deben considerarse como una garantía férrea de que las políticas no cambiarán.

52 Véase Papaefstratiou (2021).

Por otro lado, la interacción entre las cláusulas de estabilización y las cláusulas paraguas de los tratados es más controvertida. Por ejemplo, en el caso *El Paso v. Argentina* (2011) se estableció lo siguiente:

Interpretada de este modo, la cláusula paraguas ... no extenderá la protección del Tratado a los incumplimientos de un contrato comercial ordinario celebrado por el Estado o una entidad de propiedad estatal, pero cubrirá las protecciones adicionales de las inversiones acordadas contractualmente por el Estado como soberano —como una cláusula de estabilización— insertadas en un acuerdo de inversión.

En cambio, la solución en *Burlington v. Ecuador* (2012) fue diferente. Según la doctrina⁵³ la posibilidad del inversor de recurrir a la cláusula paraguas está limitada, entre otras razones, por la determinación de la distinción entre el incumplimiento soberano y el comercial de las obligaciones adoptada por el tribunal al interpretar la aplicación de la cláusula paraguas.

A pesar de algunas excepciones, es interesante observar que la ausencia de una cláusula de estabilización puede tener consecuencias importantes. En *Methanex v. USA* (2005), el tribunal arbitral estableció lo siguiente:

Como cuestión de derecho internacional general, una regulación no discriminatoria para un fin público, que se promulga de acuerdo con el debido proceso y que afecta, entre otras cosas, a un inversor o inversión extranjera, no se considera expropiatoria e indemnizable a menos que el gobierno regulador se haya comprometido específicamente con el entonces supuesto inversor extranjero que contempla la inversión a abstenerse de dicha regulación.

En el mismo sentido, en el caso *Toto v. Líbano* (2009), el tribunal consideró que, en ausencia de una cláusula de estabilización,

los cambios en el marco normativo sólo se considerarían como violaciones del deber de conceder plena protección y un trato justo y equitativo en los casos en que se produjera un cambio drástico o discriminatorio en las características esenciales de la transacción". Según la opinión mayoritaria, se distinguen de la legal stability obligation que está limitada por la razonabilidad⁵⁴.

También la cláusula de estabilización afecta la medida de la indemnización o de los daños y perjuicios. En este sentido, Cameron (2010, p. 60) destaca que el derecho del Estado a nacionalizar o expropiar existe independientemente de la presencia de la cláusula de estabilización, pero que los daños y perjuicios debidos al inversor tenderán a aumentar como resultado de una prohibición de no hacerlo, sobre la base del lucro cesante en virtud del principio de la confianza legítima. En particular, esto ocurre cuando

53 Tomić (2020, p. 269).

54 Véase Maynard (2016) [nota al pie de los autores].

la cláusula en cuestión detalla el procedimiento de cálculo de los daños. Sin embargo, el análisis jurisprudencial no permite identificar claramente los parámetros utilizados por los árbitros.

5. REFLEXIONES FINALES

El tema de las cláusulas de estabilización está estrechamente vinculado a dos aspectos centrales del debate actual, especialmente en un momento de competencia entre Estados y de crisis económica y sanitaria: la seguridad económica y la seguridad jurídica. Como señala Irti (2011), nuestro tiempo está caracterizado por una

trágica antinomia... que ve, por un lado, la soberanía cerrada en territorios definidos en lugares rodeados de fronteras, y, por otro, las interminables extensiones de la tecno-economía entre la territorialidad de la regla y la espacialidad de lo regulado, rompiendo la antigua co-extensión de la política, el derecho y la economía. Las esferas de la actividad humana ya no coinciden: la última, la económica, se ha liberado de las limitaciones territoriales y ha creado su propio horizonte inalcanzable. (p. 118)

Esto ha llevado, por un lado, a difuminar la distancia entre el sector público y el privado y, por otro, a dar más fuerza a las empresas, que a menudo pueden negociar con la misma fuerza, imponiendo sus condiciones a los Estados. Entonces, las inversiones suelen estar determinadas por una evaluación de la estabilidad del marco normativo y económico. Las cláusulas de estabilización responden a sus necesidades.

Sin embargo, puede ser compartida la tesis según la cual

resulta indudable de que existe una tensión insoportable entre las cláusulas de estabilización, la soberanía de los Estados y los derechos humanos. No creemos que pueda afirmarse, *prima facie*, que uno debe primar sobre el otro. En efecto, el análisis debe ser absolutamente casuístico, y el ejercicio a realizar debe ser siempre uno de ponderación. Nos encontramos ante uno de esos típicos casos en que todos los valores en juego deben ser maximizados en su conjunto. (Núñez de Prado & Simó García, 2020, p. 500)

A menudo, se trata de casos de “elecciones trágicas”⁵⁵: inversiones con menor protección laboral o medioambiental, en lugar de quizá desempleo y pobreza. Está claro que esto no debe ser una *race to the bottom*. Si la política parece débil y el consenso internacional difícil de encontrar para imponer normas y paradigmas uniformes, la tarea de la jurisprudencia es decidir con equilibrio, prudencia y transparencia a la luz de lo que las partes han acordado. Como explica Maniruzzaman (2005),

aunque a la luz de la reciente jurisprudencia arbitral y de la mayoría de las opiniones jurídicas no se puede afirmar que exista una forma totalmente

55 Véase Calabresi y Bobbitt (1978).

eficaz de evitar que el Estado anfitrión interfiera en las cláusulas de estabilización durante mucho tiempo, por muy cuidadosa que sea la redacción de dichas cláusulas, pueden adoptarse algunas técnicas, como se ha mencionado anteriormente, que pueden describirse como “dispositivos de cobertura en torno a la cláusula de estabilización”, con el fin de dificultar que el Estado parte interfiera en dichas cláusulas del contrato. El objetivo de estos dispositivos podría ser simplemente mitigar los riesgos soberanos/políticos, en lugar de impedir completamente que el Estado soberano interfiera en las cláusulas de estabilización, lo que resulta bastante inconcebible en el derecho y la práctica internacionales contemporáneos relativos a los contratos internacionales. (p. 100)

En este contexto, por lo tanto, la redacción de las cláusulas de estabilización es de fundamental importancia y debe reflejar los intereses y posiciones de las partes a la luz de la inversión y sus condiciones particulares y desarrollos sociales, económicos, legales y políticos.

REFERENCIAS

- AES Corporation and Tau Power B.V. v. Republic of Kazakhstan. ICSID Case No. ARB/10/16. Award 1 December 2013.
- Alba Betancourt, A. G. (2009). Panorama sobre cláusulas de estabilización en contratos de inversión extranjera. *Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Guanajuato*, 15-36.
- Al Faruque, A. (2008). Renegotiation and adaptation of petroleum contracts: the quest for equilibrium and stability [Renegociación y adaptación de los contratos petroleros: la búsqueda de equilibrio y estabilidad]. *Journal of World Investment & Trade*, 9(2), 113-146.
- Amado, J. D., & Miranda, L. (2000). Aplicabilidad de la cláusula *pacta sunt servanda* del artículo 62 de la Constitución a los contratos regulados por el derecho público. *THĒMIS. Revista de Derecho*, (40), 255-262.
- Aminoil v. Kuwait. Final Award 24 Mar 1982.
- Arregui Zamorano, P. (2012). Intercambios codificadores entre ambos lados del Atlántico (a propósito de la codificación del Derecho Civil). *Anuario de Historia del Derecho Español*, (82), pp. 337-385.
- Avendaño Valdez, J. (2007). La libertad de empresa y la libertad contractual en la Constitución Política peruana. *Advocatus*, (16), 177-180.
- Barrantes, R., Tamayo, G., Távara, J., & Zavala, V. (2003). Las privatizaciones en una época de reforma estructural: el caso peruano. En A. Chong & J. L. Sánchez (Eds.),

Medios privados para fines públicos. Participación privada en infraestructura en América Latina (pp. 247-318). Banco Interamericano de Desarrollo.

- Benatti, F. (2021). Modificación de circunstancias y cláusulas contractuales. En W. Vásquez Rebaza (Ed.), *Principales cláusulas para la contratación privada contemporánea*. Asociación Civil Ius et Veritas.
- Berger, K. P. (2003). Renegotiation and adaptation of international investments contracts: the role of the contract drafters and arbitrators. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 36(4), 1347-1368.
- Bernardini, P. (1998). The renegotiation of the investment contract [La renegociación de los contratos de inversión]. *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 13(2), 411-425.
- Bernardini, P. (2008). Stabilization and adaptation in oil and gas investments [Estabilización y adaptación en inversiones de petróleo y gas]. *Journal of Law and Energy*, 1(1), 98-112.
- Block, G. (1981). Semantics and the sanctity of contracts [Semántica y santidad de los contratos]. *ETC: A Review of General Semantics*, 38(3), 290-300.
- Bullard González, A. (2010). Artículo 1355. En W. Gutiérrez (Ed.), *Código Civil comentado* (t. VII, pp. 46-55). Gaceta Jurídica.
- Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador. ICSID Case No. ARB/08/5. Decision on Liability 12 December 2012.
- Calabresi, G., & Bobbitt, P. (1978). *Tragic choices. The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources* [Elecciones trágicas. Los conflictos a los que la sociedad se enfrenta en la designación de recursos trágicamente escasos]. W. W. Norton & Company.
- Cameron, P. (2010). *International energy investment law: the pursuit of stability* [Derecho internacional de inversiones energéticas: la búsqueda de estabilidad]. Oxford University Press.
- Campos García, H. (2020). Apuntes iniciales sobre la incidencia del riesgo normativo o regulatorio en la autonomía contractual en el ordenamiento peruano. En R. Barría Díaz, A. Ferrante & L. C. San Martín (Eds.), *Presente y futuro del derecho contractual* (pp. 169-203). Thomson Reuters.
- Cárdenas Quirós, C. (1997). Autonomía privada, contrato y constitución. En A. Bullard & G. Fernández (Eds.), *Derecho civil patrimonial*. Lima (pp. 39-60). Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

- Cárdenas Quirós, C. (2000). La supuesta santidad de los contratos y el artículo 62 de la Constitución Política del Perú. En A. A. Alterini, J. L. de los Mozos & C. Soto Coaguila (Dir.), *Contratación contemporánea: teoría general y principios* (vol. 1). Palestra Editores y Editorial Temis.
- Cervantes Valarezo, A. (2017). Nuevo constitucionalismo latinoamericano y arbitraje de inversión. *Revista del Club Español del Arbitraje*, (30), 81-100.
- Coale, M. T. B. (2002). Stabilization clauses in international petroleum transactions [Cláusulas de estabilización en transacciones internacionales petroleras]. *Denver Journal of International Law and Policy*, 30(2), 217-238.
- Código Civil. Artículo 1134. 17 de febrero de 1804 (Francia).
- Código Civil. Ley 8305 de 1936. Artículo 1328. 30 de agosto de 1936 (Perú).
- Código Civil. Decreto Legislativo 295 de 1984. Artículo 1361. 24 de julio de 1984 (Perú).
- Comeaux, P. E., & Kinsella, N. S. (1994). *Reducing political risk in developing countries: bilateral investment treaties, stabilization clauses, and MIGA & OPIC investment insurance* [Reduciendo riesgos políticos en países en desarrollo: tratados bilaterales de inversión, cláusulas de estabilización y seguros de inversión MIGA & OPIC]. *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, 15(1), 1-48.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. *Investor-State arbitral practice* [Práctica arbitral entre inversor y el Estado].
- Constitución. Artículo 13. 20 de mayo de 1901 (Cuba).
- Constitución. Artículo 23. 10 de octubre de 1940 (Cuba).
- Constitución. Artículo I. 17 de septiembre de 1787 (Estados Unidos de América).
- Continental Casualty Company v. The Argentine Republic. ICSID Case No. ARB/03/9.
- Danós Ordóñez, J. (2013). Los convenios de estabilidad jurídica o también denominados contratos leyes en el Perú. *Ius et Veritas*, (46), 258-269.
- De la Puente y Lavalle, M. (1996). La libertad de contratar. *THĒMIS. Revista de Derecho*, (33), 7-14.
- De Trazegnies, F. (2008). Arbitrando la inversión. En Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión (Ed.), *El arbitraje en el Perú y el mundo* (pp. 783-800). Instituto Peruano de Arbitraje.
- De Vries, R. F. (2017). Stability shaken? Israeli High Court of Justice strikes down the stabilization clause in the Israeli government's gas plan. *The Journal of World Investment & Trade*, (18.2), 332-341.

- Di Nova, G. (1994). El contrato tiene fuerza de ley. En Grupo Peruano de la Asociación Henri Capitant, *Nuevas tendencias del derecho contractual. Libro Homenaje a Manuel de la Puente y Lavalle* (pp. 117-164).
- Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. v. Republic of Peru. Award on the Merits. 18 August 2008. ICSID Case No. AR11/03/28.
- El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic. ICSID Case No. ARB/03/15.
- Erkan, M. (2011). *International energy investment law: stability through contractual clauses*. Wolters Kluwer.
- Escobar Rozas, F., & Cabieses Crovetto, G. (2013). La libertad bajo ataque: contratos, regulación y retroactividad. *Ius et Veritas*, (46), 46-139.
- Fach Gómez, K. (2011). Latin America and ICSID: David versus Goliath?. *Law and Business Review of the Americas*, 17(2), 195-230.
- Fernández Rozas, J. C. (2005). El Código de Napoleón y su influencia en América Latina: reflexiones a propósito del segundo centenario. En C. E. Febres Fajardo (Coord.), *El derecho internacional en tiempos de globalización. Libro homenaje a Carlos Febres Pobeda* (t. I, pp. 151-190). Universidad de los Andes, Publicaciones del Vicerrectorado Académico.
- Florou, A. (2020). *Contractual renegotiations and international investment arbitration. A relational contract theory interpretation of investment treaties*. Brill Nijhoff.
- Frank, S. (2015). Stabilisation clauses and foreign direct investment: presumptions versus realities. *Journal of World Investment & Trade*, 16(1), 88-121.
- Galán Barrera, D. R. (2006). Los contratos de estabilidad jurídica: un estímulo a la inversión extranjera en Colombia. *Estudios Gerenciales*, 22(101), 111-121.
- Galarza Muñoz, A. S. (2018). *La estabilidad tributaria en los contratos de inversión en el Ecuador* [Tesis de licenciatura no publicada]. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.
- García-Amador, F. V. (1993). State responsibility in case of stabilization clauses [Responsabilidad estatal en el caso de cláusulas de estabilización]. *Journal of Transnational Law & Policy*, (2), 23-50.
- García Long, S. (2016). *Un big MAC, por favor: la cláusula MAC en fusiones y adquisiciones*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, Oficina Académica de Publicaciones, Comunicación e Imagen.

- García Long, S. (2020). Contratos en cuarentena: pandemia y cambio de circunstancias. En *Derecho de los desastres: COVID-19* (t. I, pp. 151-187). Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.
- Gehne, K., & Brillo, R. (2017). Stabilisation clauses in international investment law: beyond balancing and fair and equitable treatment. *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*, (143), 1-52.
- Gjuzi, J. (2018). *Stabilization clauses in international investment law. A sustainable development approach*. Springer.
- Gotanda, J. Y. (2003). Renegotiation and adaptation clauses in investment contract, revisited. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 36(4), 1461-1474.
- Granato, L., & Oddone, C. N. (2007). La protección internacional del inversor extranjero a través de los acuerdos bilaterales de inversión. *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Universidad de Nariño*, 8(2), 43-66.
- Guanche, J. C. (2017). La Constitución de 1940: una reinterpretación. *Cuban Studies*, (45), 66-88.
- Gutiérrez Camacho, W. (2000). *Economía de Mercado y contratación*. Gaceta Jurídica.
- Guzmán Brito, A. (2004a). La doctrina de Jean Domat sobre la interpretación de las leyes. *Revista Chilena de Derecho*, 31(1), 39-68.
- Guzmán Brito, A. (2004b). La influencia del Código Civil francés en el derecho civil latinoamericano. *Temas de Derecho*, 19(1-2), 13-35.
- Guzmán Brito, A. (2004c). La influencia del Código Civil francés en las codificaciones americanas. En I. Henríquez Herrera & H. Corral Talciani (Eds.), *El Código Civil francés de 1804 y el Código Civil chileno de 1855. Influencias, confluencias y divergencias. Escritos en conmemoración del bicentenario del Código Civil francés* (pp. 17-49). Universidad de los Andes.
- Heller, J. R. (1978). Political risk insurance. *The Journal of International Law and Economics*, 12(2), 231-234.
- Henríquez Herrera, I., & Corral Talciani, H. (Eds.). (2004). *El Código Civil francés de 1804 y el Código Civil chileno de 1855. Influencias, confluencias y divergencias. Escritos en conmemoración del bicentenario del Código Civil francés*. Universidad de los Andes.
- Horn, N. (2004). Arbitration and the protection of foreign investment: concepts and means. En R. Horn (Ed.), *Arbitrating foreign investments disputes* (pp. 3-32). Kluwer Law International.

- Irti, N. (2011). *Diritto senza verità*. [Ley sin verdad]. Editori Laterza.
- Johnson, R. (1928). The contract clause of the United States Constitution [La cláusula contractual de la Constitución de los Estados Unidos]. *Kentucky Law Journal*, 16(3), 222-234.
- Kauper, P. (1932). What is a contract under the contracts clause of the federal constitution? [¿Qué es un contrato bajo la cláusula contractual de la constitución federal?]. *Michigan Law Review*, 31(2), 187-205.
- Kolo, A., & Walde, T. W. (2000). Renegotiation and contract adaptation in international investment projects. Applicable legal principles and industry practices [Renegociación y adaptación contractual en proyectos internacionales de inversión]. *Journal of World Investment*, 1(1), 5-58.
- Kröll, S. (2004). The renegotiation and adaptation of investment contracts. En R. Horn (Ed.), *Arbitrating foreign investments disputes* (pp. 425-470). Kluwer Law International.
- Kunz, J. L. (1945). The meaning and the range of the norm *pacta sunt servanda* [El significado y el rango de la norma *pacta sunt servanda*]. *The American Journal of International Law*, 39(2), 180-197.
- Landa, C. (2014). La constitucionalización del derecho civil: el derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y límites. *THÉMIS. Revista de Derecho*, (66), 309-327.
- La Porta Drago, D. (1993). Reducing latin american political risk [Reduciendo el riesgo político latinoamericano]. *International Financial Law Review*, 12(3), 39-40.
- Lazo, P. (2014). Is there a life for latin american countries after denouncing the ICSID Convention? [¿Hay alguna vida para países latinoamericanos luego de haber denunciado la convención ICSID?]. *Transnational Dispute Management*, 11(1).
- LETCO v. Liberia. Award 31 March 1986. 2 ICSID Reports. 343. 60. 16 April 1987.
- López Fung, J. (2020). How useful are stabilisation clauses in international energy arbitration nowadays? [¿Qué tan útil son hoy en día las cláusulas de estabilización en arbitrajes energéticos internacionales?]. *Revista del Club Español de Arbitraje*, (39), 111-123.
- Maniruzzaman, A. F. M. (2005). Some reflections on stabilisation techniques in international petroleum, gas and mineral agreements. [Algunas reflexiones sobre técnicas de estabilización en acuerdos internacionales sobre petróleo, gas y mineral]. *I. E. L. T. R.*, (4), 96-100.
- Maniruzzaman, A. F. M. (2007a). Drafting stabilisation clauses in international energy contracts: some pitfalls for the unwary [Redactando cláusulas de estabilización

en contratos energéticos internacionales: algunas trampas para los incautos]. *Oil, Gas & Energy Law Intelligence*, 5(2).

- Maniruzzaman, A. F. M. (2007b). Damages for breach of stabilisation clauses in international investment law: where do we stand today? *I. E. L. T. R.*, (11-12), 246-251.
- Maniruzzaman, A.F.M. (2008). The pursuit of stability in international energy investment contracts: a critical appraisal of the emerging trends [La búsqueda de estabilidad en contratos de inversión energética internacionales: una crítica evaluación de las tendencias emergentes]. *Journal of World Energy Law & Business*, 1(2), 121-157.
- Marvin Feldman v. México. Case No ARB (AF)/99/1. Award and Separate Opinion. 16 December 2002.
- Maynard, S. (2016). Legitimate expectations and the interpretation of the 'legal stability obligation'. *European Investment Law and Arbitration Review*, (1), 99-114.
- McBain, H. L. (1914). The rights of municipal corporations under the contract clause of the federal constitution [Los derechos de las corporaciones municipales bajo la cláusula contractual de la constitución federal]. *National Municipal Review*, 3(2), 284-303.
- Menchola Arana, M., & Paz Sime, M. Á. (2019). Sobre el riesgo de diseño y riesgo normativo en los contratos de concesión de infraestructura vial. *Revista de Derecho Administrativo*, (18), 220-250.
- Mendelson, W. (1949). New light on Fletcher v. Peck and Gibbons v. Ogden. *The Yale Law Journal*, 58(4), 567-573.
- Merino Acuña, R. (2009). La tutela constitucional de la autonomía contractual. El contrato entre poder público y poder privado. En G. Gonzales Barrón, R. Merino Acuña, J. A. Beltrán Pacheco & J. Cieza Mora, *El derecho civil patrimonial en la Constitución* (pp. 43-110). Gaceta Jurídica.
- Methanex Corporation v. United States of America. UNCITRAL. Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits. 3 August 2005.
- Mirror, M. (2004). El Código de Napoleón y los Códigos de Bello y Vélez Sarsfield. *Revista de Derecho Privado*, 17(33), 1-21.
- Model Exploration and Production Sharing Agreement. Artículo 34.12. 1994.
- Mortimore, M. (2009). *Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe*. CEPAL.

- Müller, B., & Olivet, C. (2021). *ISDS en números. El régimen de protección de inversiones y sus impactos en Perú*. Transnational Institute Amsterdam & RedGE Perú.
- Ng'ambi, S. P. (2012). The effect of stabilisation clauses in concession agreements [El efecto de las cláusulas de estabilización en acuerdos concesionarios]. *Zambia Law Journal*, (43), 57-86.
- Ng'ambi, S. P. (2014). Efficient and flexible: the case for renegotiation clauses in concession agreements [Eficiente y flexible: el caso para cláusulas de renegociación en acuerdos concesionarios]. *Zambia Law Journal*, (45), 1-28.
- Núñez del Prado, F., & Simó García, E. (2020). Relaciones tóxicas: la insoportable tensión entre las cláusulas de estabilización, la soberanía estatal y los derechos humanos bajo el derecho internacional. *Revista de Derecho*, (77), 485-503.
- Núñez del Prado, F., Simó García, E., & García Cueto, J. I. (2021). Intimate enemies: are stabilization clauses and human rights compatible under international law? En G. M. Álvarez, M. Riofrío Piché & F. V. Sperandio (Eds.), *International Arbitration in Latin America: Energy and Natural Resources Disputes*. Wolters Kluwer.
- Olivet, C., & Ghiotto, L. (2021). *Parallel justice. How the investment protection system undermines judicial independence in Latin America* Transnational Institute Amsterdam.
- Olivet, C., Müller, B., & Ghiotto, L. (2021). *ISDS en números. Impactos de las demandas de arbitraje de inversores contra Estados de América Latina y el Caribe*. Transnational Institute Amsterdam.
- Papaefstratiou, A. (2021). Stabilisation Clauses in Long-Term Investment Contracts: Their Evolution and Their Application by Investment Tribunals. En E. Cima & M. M. Mbengue (Eds.), *A multifaceted approach to trade liberalisation and investment protection in the energy sector* (pp. 43-69). Brill Nijhoff.
- Paredes, C., & Sachs, J. (Eds.). (1991). *Estabilización y crecimiento en el Perú*. Grupo de Análisis para el Desarrollo (GRADE).
- Parry, D. H. (1959). *Sanctity of contracts in english law* [Santidad de los contratos en derecho inglés]. Stevens & Sons Limited.
- Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador. ICSID Case No. ARB/08/6 Decision on Remaining Issues of Jurisdiction and on Liability. 12 Sept. 2014.
- Pérez Rendón, S. (2015). Inversión extranjera directa y la necesidad de construir entornos jurídicos más estables. *EAFIT Journal of International Law*, 6(2), 120-151.
- Peter, W. (1986). Arbitration and renegotiation clauses. *Journal of International Arbitration*, 3(2), 29-46.

- Peter, W. (1998). Stabilization clauses in state contracts. *International Business Law Journal*, 1998(8), 875-892.
- Petroleum Production Sharing Agreement. 1995.
- Ramos Núñez, C. (1995). El Código napoleónico: fuentes y génesis. *Derecho & Sociedad*, (10), 153-161.
- Ramos Núñez, C. (1997). *El Código napoleónico y su recepción en América Latina*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Russi, L. (2008). Chronicles of a failure: from a renegotiation clause to arbitration of transnational contracts. *Connecticut Journal of International Law*, 24(1), 77-118.
- Saavedra Velazco, R. E. (2014). Límites constitucionales a la autonomía privada: la (supuesta) santidad de los contratos bajo el tamiz de la comparación jurídica. En F. de Trazegnies Granda, C. Cárdenas Quirós, R. Saavedra Velazco, R. Sacco, L. Taboada Córdova, H. Forno Flórez, A. Chan Arellano, J. J. Haro Seijas, L. León Hilario, F. Escobar Rozas, M. de la Puente y Lavalle, M. A. Ortega Piana, R. Morales Hervias, L. Barchi Velaochaga, S. Shavell, J. Gordley & A. Bullard González, *Estudios de derecho contractual* (pp. 53-71). Ius et Veritas.
- Salacuse, J. W. (2001). Renegotiating international project agreements [Renegociando acuerdos de proyectos internacionales]. *Fordham International Law Journal*, 24(4), 1319-1370.
- Segura España, M. B. (2014). Arbitraje de inversión: ¿un incentivo para la inversión extranjera directa? *Revista de Derecho Privado*, (51), 1-29.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 005-2003-AI/TC (Lima). (2003, 3 de octubre). Tribunal Constitucional: Pleno Jurisdiccional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00005-2003-AI.html>
- Serrano Migallón, F. (Ed.). (2017). *Código de Napoleón. Bicentenario. Estudios Jurídicos*. Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho.
- Sommer, C. G. (2013). La aplicación de estándares de protección de inversiones extranjeras. Una mirada desde los casos argentino. *ACDI*, (6), 95-130.
- Tantaleán Odar, R. M. (2012). Los vaivenes de la santidad contractual. Entre los artículos 62 de la Constitución Política y 1355 del Código Civil. *Derecho y Cambio Social*, (27), 1-33.
- Texaco Overseas Petroleum Co. and California Asiatic Oil Co. v. The Government of the Libyan Arab Republic. Award of 19 January 1977.

- Tomić, K. (2020). Stabilization clauses in energy sector [Cláusulas de estabilización en el sector energético]. *Harmonius: Journal of Legal & Social Studies in South East Europe*, 258-272.
- Torrealba, J. G. (2008). Promoción y protección de inversiones extranjeras en Venezuela: los contratos de estabilidad jurídica (con referencia a las inversiones extranjeras para la explotación de hidrocarburos). *Revista de Derecho Administrativo*, (20), 245-269.
- Torres Méndez, M. (2016). *Fundamentos de la nueva teoría general del contrato. Estudio interdisciplinario institucional, exegético y casuístico*. Grijley.
- Torres y Torres Lara, C. (1998). *La Constitución económica en el Perú*. CONITE.
- Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon. ICSID Case No. ARB/07/12.
- Vermeule, A. (2012). Introduction: Political risk and public law. *Journal of Legal Analysis*, 4(1), 1-6.
- Waddams, S. (2019). *Sanctity of contracts in a secular age. Equity, fairness and enrichment*. [Santidad de los contratos en una edad secular. Capital, justicia y enriquecimiento]. Cambridge University Press.
- Wehberg, H. (1959). Pacta sunt servanda. *The American Journal of International Law*, 53(4), 775-786.
- Wright, B. F. (1938). *The contract clause of the constitution* [La cláusula contractual de la constitución]. Harvard University Press.
- Yackee, J. W. (2014). Political risk and international investment law. *Duke Journal of Comparative and International Law*, 24(3), 477-500.
- Yuri Bogdanov and Yulia Bogdanova v. Moldova. Award of April 16, 2013. SCC Case 091/2012.

LIMITACIONES EN LAS FACULTADES DE LOS ÁRBITROS, REVISIÓN

LUDOVINA VILLANUEVA NÚÑEZ*

Universidad Católica de Santa María, Arequipa, Perú

Recibido: 29 de septiembre del 2021 / Aceptado: 30 de noviembre del 2021

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2022.n054.5939>

RESUMEN. La normativa peruana ha otorgado al árbitro la potestad de dictar medidas de emergencia o cautelares para garantizar la eficacia del laudo y le permite, inclusive, exigir garantías para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que podría ocasionar la ejecución de tales medidas. De acuerdo con nuestra legislación, el árbitro tiene facultades para ejecutar tales medidas en tanto no requiera el auxilio de la fuerza pública, pues de requerirla debe acudir al juez estatal. Si bien esa es la práctica internacional generalizada, en el caso de la norma ecuatoriana, el árbitro tiene la potestad de acudir directamente a las autoridades policiales y administrativas para ejecutar directamente sus medidas cautelares, siempre y cuando las partes así lo hayan acordado en el convenio arbitral. En este documento, proponemos replicar el modelo ecuatoriano a nuestra legislación, de tal manera que ya no sea necesario solicitar el auxilio público al Poder Judicial, sino dar potestad al árbitro para que lo solicite directamente.

PALABRAS CLAVE: árbitro / autonomía / ejecución / jurisdicción / limitaciones / medidas cautelares / potestad

LIMITATIONS ON THE POWERS OF ARBITRATORS, A REVIEW

ABSTRACT. Peruvian law grants the arbitrator the power to issue interim measures to ensure the effectiveness of the arbitration award and even require guarantees to secure compensation for damages eventually caused by such measures. According to our legislation, the arbitrator has the power to execute such measures as long as he does not require the assistance of the public force, since if he does, he must resort to a state judge. Although this is general international practice, in Ecuadorian law, the arbitrator can directly resort to the police and administrative authorities to execute his

*Abogada por la Universidad Católica de Santa María. Máster en Investigación en Ciencias Jurídicas en la Universidad Abat Oliba CEU, Barcelona, España. Profesora de los cursos de Arbitraje y Contratos Modernos en la Universidad Católica San Pablo.

interim measures, as long as the parties have so agreed in the arbitration agreement. In this document, we propose to replicate the Ecuadorian model in Peruvian legislation so that it is no longer necessary for the arbitrator to request public assistance from the Judiciary.

KEYWORDS: arbitrator / autonomy / execution / jurisdiction / limitations / interim measures / authority

En una investigación sobre las limitaciones de las facultades de los árbitros (Villanueva Núñez, 2018), entre otros temas, analizamos la regulación que Ecuador tenía sobre la ejecución de medidas cautelares o medidas de emergencia, lo que, ciertamente, considerábamos innovador y valioso. Han transcurrido ya algunos años. En este documento revisaremos nuestra propuesta y seguiremos reflexionando sobre este particular, puesto que el uso de las medidas de emergencia cada día es mayor y, lamentablemente, en algunos casos no tiene la eficacia que debiera, entre otras causas, precisamente, por las limitaciones de los árbitros para ejecutar sus decisiones.

1. EL CONTEXTO

1.1 La jurisdiccionalidad del arbitraje

Si bien, desde la derogada Constitución Política del Perú de 1979¹ y la Constitución vigente², en el país se ha considerado al arbitraje como jurisdicción, lo que ha sido así interpretado por el Tribunal Constitucional, en la práctica, es un debate que no se ha agotado e intuimos que no se agotará, por lo menos en tiempos próximos. Una de las razones que alegan los detractores está en el origen del convenio arbitral —voluntad de las partes— y, en la falta de facultades coercitivas del árbitro, exigüidad que, evidentemente, debilita tal postura.

La unidad de la jurisdicción a cargo del Estado es una corriente mayoritariamente adoptada por la legislación internacional. Así, por ejemplo, sucede en España, cuando en el numeral 3 del artículo 117 de su Constitución se precisa lo siguiente: “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan” (1978).

Como se aprecia, la Constitución española declara la unicidad de la jurisdicción. Declara que la potestad jurisdiccional está en manos exclusivas de los juzgados y tribunales del país. No hace ninguna referencia al arbitraje, pero a lo largo de su texto, como es el caso de la sección sobre los derechos fundamentales, consagra la libertad de la persona; y este es, precisamente, su fundamento: siendo libre la persona, lo es para decidir cómo deben resolverse sus conflictos.

1 “Artículo 233.- 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”.

2 “Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia

1. 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”.

Si entendemos a la jurisdicción, citando a Merino Merchán (2009), como el monopolio de juzgar y ejecutar lo juzgado por el juez del Estado, es impensable pretender que cada individuo tenga su propia jurisdicción, por cuanto la jurisdicción es una facultad exclusiva del poder público, respecto a lo cual Ledesma Narváez (2020) considera que

la función jurisdiccional de los jueces estatales no puede estar en la misma dimensión que la de los árbitros ni extenderse a estos, pues el arbitraje tiene su origen y su razón de ser en la autonomía privada de voluntad; sin embargo, este criterio no es aceptado por la regla que ha fijado el Tribunal Constitucional. (p. 32)

Como se observa, no hay consenso.

Este no es un ensayo que pretende analizar la naturaleza jurídica del arbitraje. Lo inicialmente anotado sirve para delinear algunas reflexiones sobre facultades adicionales que se le pueden otorgar al árbitro, como sucede con otras legislaciones, más allá de que, de esta manera, se estaría acorde con la jurisdiccionalidad del arbitraje que la norma peruana y el máximo organismo intérprete de la Constitución han considerado. También para, en cierta medida, hacer más eficaz las decisiones que adopten los árbitros, evitando, de esta manera, recurrir al juez ordinario, por lo menos en lo que a medidas cautelares se refiere.

1.2 La autoridad del árbitro

El árbitro tiene autoridad para resolver un conflicto porque las partes así se lo han otorgado. Autoridad que comienza cuando es designado y concluye cuando emite su última decisión. En este trazo, el árbitro tiene la legitimidad que las partes le otorgan y durante el plazo que dure el proceso.

Para ilustrar de mejor forma lo comentado, nos referimos a lo dicho por Hermosilla Martín y Rubio Escobar (2006) en sus comentarios sobre el laudo y la terminación de las actuaciones arbitrales, quienes para determinar los límites de las facultades o potestades atribuidas a los árbitros recogen parte de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza del 23 de junio del 2003 (JUR 2003/190944):

Como señala la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 12 de noviembre de 1992 (DJ 1992/9578, con cita de las de 3 de julio de 1962 (RJ 1991/3187), 23 de septiembre de 1974 (RJ 1974/3561) y 10 de abril de 1991 (J 1991/2693), es doctrina de dicha Sala que "el plazo vincula a los árbitros de tal forma que fija los límites de la potestad misma arbitral, dado que al aceptar aquellos sus nombramientos se someten a la voluntad de los compromitentes ... que son, por la índole sustancialmente contractual de la institución, los que establecen los términos en que los árbitros han de desempeñar su cometido ... sin que pueda quedar a su arbitrio la alteración de este requisito esencial de su función, que debe cesar en sus efectos al expirar el plazo ...

que debe ser respetado de un modo inexorable, porque es el lapso de tiempo durante el cual las partes voluntariamente renuncian al ejercicio jurisdiccional de sus diferencias y dotan de facultades decisorias a los árbitros, pasado el cual cesa la potestad de los mismos por haber rebasado el límite y vicia de nulidad cualquier actividad arbitral extemporánea". (p. 465)

Como hemos indicado, la potestad del árbitro está sometida a los límites que las partes acuerden y va a durar hasta la conclusión del caso. El árbitro no puede exceder tales limitaciones y tampoco puede dejar de cumplir con la responsabilidad asumida frente a las partes.

Es indudable que, en tanto no exista oposición de la parte vencida o de quien debe cumplir, las órdenes arbitrales serán cumplidas sin mayores contratiempos ni dilaciones; sin embargo, en la realidad, las partes no necesariamente cumplen con tales decisiones, y es ineludible acudir al Poder Judicial para tal cometido. Entonces se suscita el recurrente dilema: el árbitro tiene autoridad para resolver el conflicto, para integrar o aplicar el derecho en el caso concreto —esto último cuando nos enfrentamos a arbitrajes de derecho—, pero no tiene autoridad para obligar al que se resiste, como es el caso de las ejecuciones de medidas cautelares, a lo que entraremos en materia en los siguientes párrafos.

2. MEDIDAS CAUTELARES

Las medidas de emergencia son conceptos referidos a situaciones excepcionales que precisan de una actuación inmediata para procurar solucionar el suceso o, por lo menos, para disminuir los daños causados o los que eventualmente pudieran causarse.

Amprimo, en un ensayo sobre la tutela cautelar arbitral, se pregunta si hay necesidad de regular el tema de las medidas cautelares en el procedimiento arbitral, debido a que existe la difundida idea de la brevedad de los procesos arbitrales y, como consecuencia de ello, muchos podrían pensar que aquellas no son necesarias. Amprimo (2013) responde en el siguiente sentido:

La verdad, que no se puede ocultar, es que los procesos arbitrales duran más de lo que se cree y, además, el actor de un proceso arbitral queda sujeto a los mismos riesgos de infructuosidad que soporta el demandante en un proceso judicial ordinario. (p. 59)

Nuestra experiencia le da la razón. Los procesos duran más de lo que se espera o de lo que debieran. Los motivos son diversos: desde la recargada labor que tienen los árbitros, las oposiciones y objeciones de las propias partes y las recusaciones en contra de los árbitros hasta las demoras administrativas por falta de pago de derechos arbitrales.

Ante tal realidad, no cabe duda de que las medidas de emergencia para conjurar cualquier demora en la tramitación del caso son cada vez más frecuentes y necesarias.

De ahí que la utilidad del árbitro de emergencia es cada día más reconocida y adoptada por las instituciones arbitrales, cuya única función es dictar medidas urgentes y de emergencia que no puedan esperar a la conformación del tribunal arbitral, como es el caso del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Arequipa³ (2021).

Se ha establecido en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto Legislativo 1071 que, constituido el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, el árbitro podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo y exigir las garantías que estime convenientes para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pudiera ocasionar la ejecución de tal medida.

Por su parte, el numeral 2 del artículo 48 de la misma norma ha establecido 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.

Sobre la potestad ejecutiva del árbitro, Díez-Picazo y Venegas (2006), cuando comentan la Ley de Arbitraje española, observan lo siguiente:

Tanto desde la perspectiva internacional como nacional, los árbitros carecen de potestad ejecutiva y, por tanto, de imperio para ejecutar las medidas cautelares que adopten, por lo que deberán solicitar el auxilio de la jurisdicción ordinaria para la ejecución de la resolución sobre medidas cautelares —ya sea en forma de laudo parcial, de orden o de decisión, como si se tratase de un laudo final.

...

El principio de autonomía de la voluntad rige la regulación de la adopción de medidas cautelares para los árbitros, que sólo acordarán las mismas previa petición de la parte interesada, nunca de oficio. (p. 407)

Los comentarios de Díez-Picazo y Venegas encajan bastante bien en nuestro ordenamiento interno. En tal sentido, evidenciamos lo siguiente:

- El árbitro tiene potestad para declarar medidas cautelares a petición de cualquiera de las partes.
- El árbitro no tiene potestad para declarar medidas cautelares de oficio.
- El árbitro tiene potestad para requerir a la parte que solicita la medida cautelar que constituya una contracautela.

3 **“Árbitro de Emergencia**

Artículo 1.- Árbitro de emergencia

Las partes que hayan sometido sus controversias a la administración del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Arequipa (Centro) y hasta antes de la constitución del Tribunal Arbitral, pueden solicitar la designación de un Árbitro de Emergencia para que dicte medidas urgentes y de emergencia, que no puedan esperar a la constitución del Tribunal Arbitral”.

- El árbitro tiene potestad para ejecutar medidas cautelares, pero esta queda supeditada a la voluntad del obligado. De requerir auxilio público, el árbitro se eximirá de su ejecución.
- Las partes podrían acordar restringir la potestad del árbitro para dictar medidas cautelares.

El mismo artículo 47 citado, en su numeral 2, recogiendo las reglas contenidas en la Ley Modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional [UNCITRAL, por sus siglas en inglés], 2006)⁴ precisa que por medida cautelar debe entenderse a toda medida temporal cuya finalidad sea conseguir cualquiera de los siguientes resultados:

- Mantener o restablecer el *statu quo* hasta que se resuelva la controversia.
- Adoptar medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral.
- Abstenerse de llevar a cabo determinados actos que ocasionarían daño o menoscabo al proceso arbitral.
- Proporcionar algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo.
- Preservar elementos de prueba relevantes para resolver la controversia.

La norma no ha precisado cuáles son las medidas que pueden solicitarse ni cómo deben adoptarse, pero sí lo que se pretende conseguir con ellas, quedando a la discrecionalidad del árbitro, a lo que las instituciones arbitrales tengan regulado en sus reglamentos o a lo que las propias partes determinen.

Sobre si ha sido o no conveniente normarlo así, hay discrepancia. Nosotros consideramos que ha sido conveniente, por no encorsetar lo que debiera ser dúctil, atendiendo a la naturaleza propia del arbitraje. De esta manera, creemos, se conseguirá mayor eficacia, en tanto en cuanto no se oponga o vaya en contra del contenido del convenio arbitral, esto es, la voluntad de las partes.

4 "Artículo 17. 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 status quo en espera de que se dirima la controversia;
b) adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral;
c) proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente;
o d) preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia".

Decíamos que, en nuestra legislación se ha otorgado al árbitro potestad de ejecución, siempre que no sea necesario el auxilio público; caso contrario, deberá recurrir al Poder Judicial para tal efecto.

Con relación a la ejecución de tales medidas, nuestra vigente norma, en los numerales 2 y 3 del artículo 48, ha establecido que, cuando se incumpla la medida cautelar o cuando requiera ser ejecutada en sede judicial, la parte interesada recurrirá a la autoridad judicial, quien por el solo mérito de las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar ejecutará la medida sin admitir recursos ni oposición alguna. Asimismo, que la autoridad judicial no tiene competencia para interpretar el contenido ni los alcances de la medida cautelar y que cualquier solicitud de aclaración o precisión debe ser requerida ya sea por el juez o por el interesado al tribunal arbitral. Finalmente, establece que, ejecutada la medida, la autoridad judicial informará al tribunal arbitral y remitirá copia certificada de los actuados.

La única facultad que la norma ha concedido al juez sobre medidas cautelares adoptadas por el árbitro es la de la ejecución. El juez no puede penetrar a cuestionar el fondo de la decisión ni interpretar sus alcances. Ante la duda, debe recurrir al árbitro para que este aclare.

Desde esa perspectiva, el sistema arbitral está protegido y guarda correspondencia con los principios contenidos en nuestra Ley de Arbitraje, referidos a la no intervención de la autoridad judicial, salvo en los casos que la propia norma autorice, y a que ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo, bajo responsabilidad.

La práctica internacional en su mayoría ha adoptado el mismo sistema, aunque en algunos países el árbitro no está facultado siquiera para dictar medidas de emergencia, y es necesario acudir al juez ordinario. Sin embargo, sobre ejecución de medidas cautelares, la ley ecuatoriana contiene normas muy particulares y que, consideramos, podrían replicarse en nuestro país no con relación a las normas de las que hacen uso para su aplicación y ejecución, sino sobre las potestades que se le han concedido al árbitro. Nos referimos a la Ley de Arbitraje y Mediación, que en su artículo 9 establece lo siguiente:

Los árbitros podrán dictar medidas cautelares, de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil o las que se consideren necesarias para cada caso, para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste. Los árbitros pueden exigir una garantía a quien solicite la medida, con el propósito de cubrir el pago del costo de tal medida y de la indemnización por daños y perjuicios a la parte contraria, si la pretensión fuera declarada infundada en el laudo.

La parte contra quien se dicte la medida cautelar podrá pedir la suspensión de ésta, si rinde caución suficiente ante el tribunal.

Para la ejecución de las medidas cautelares, los árbitros siempre que las partes así lo estipularen en el convenio arbitral, solicitarán el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos que sean necesarios sin tener que recurrir a juez ordinario alguno del lugar donde se encuentren los bienes o donde sea necesario adoptar las medidas.

Si nada se estableciere en el convenio arbitral acerca de la ejecución de las medidas cautelares, cualquiera de las partes podrá solicitar a los jueces ordinarios que ordenen la ejecución de estas medidas, sujetándose a lo establecido en el párrafo dos (2) y tres (3) de este artículo, sin que esto signifique renuncia al convenio arbitral. (2006)

Respecto a las potestades de los árbitros que contiene la ley ecuatoriana, apreciamos las siguientes diferencias con relación a las contenidas en nuestra norma:

- El árbitro puede hacer uso de las normas del procedimiento civil ordinario o las que sean necesarias para el caso concreto.
- Consideramos "inconveniente" hacer referencia a las normas del procedimiento civil ordinario, debido a que los operadores del sistema arbitral tratan de alejarse lo más posible de la normativa ordinaria y hasta de su terminología, de tal manera que se obtenga la tan ansiada armonización internacional de las normas arbitrales, además de obtener un sistema autónomo y suficiente. No obstante, es sabido que, en la práctica, ante la falta de regulación, los árbitros hacen "uso" de tales disposiciones, sin hacer referencia a la fuente.
- Puede disponer el cese de la medida si el obligado presta caución suficiente.
- En tanto la caución, en efecto, sea suficiente y se garanticen los costos y una eventual indemnización a la parte contraria, cuando la pretensión sea declarada infundada en el laudo, consideramos prudente esta medida.
- Puede solicitar el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos para adoptar las medidas.

Lo realmente novedoso del sistema ecuatoriano está precisamente en la última potestad anotada, esto es, que el árbitro pueda solicitar directamente auxilio a las autoridades judiciales y policiales para que ejecuten sus medidas cautelares, en tanto en cuanto ello sea necesario.

De la manera regulada por la norma ecuatoriana, creemos que se está asegurando la prontitud con la que las medidas cautelares, que son de emergencia, deben ser no solo adoptadas, sino sobre todo ejecutadas. Para ello, será necesario que las partes así lo autoricen; caso contrario, se seguirá el camino que se quiere evitar: acudir al juez ordinario.

En la ejecución de las medidas cautelares es donde, a veces, lamentablemente, se evidencia su inoperancia. Se adoptan o dictan, pero no se ejecutan; para ello, debe transcurrir un largo tiempo y recorrerse un sinuoso sendero que, como es natural, no hace sino entorpecer el aseguramiento y efectividad para las que aquellas son dictadas. Ha ocurrido que la medida cautelar no termina de ejecutarse, pero el caso ya está expedito para ser laudado, y lo que agrava más la situación es que, por el sentido de las propias actuaciones arbitrales, podría avizorarse el resultado, ocasionando con ello que quien presenta que será desfavorecido con la decisión, usualmente el demandado, obstaculice la ejecución de la cautelar.

Como hemos indicado, para que el árbitro tenga la atribución de acudir directamente a solicitar el auxilio de la autoridad policial, administrativa u otra, será imprescindible que las partes le otorguen esa atribución de manera expresa. Siendo ellas quienes le dan autoridad para que resuelva las controversias, serán ellas quienes también le den la autoridad para ejecutar las medidas necesarias para garantizar el éxito de la ejecución de la decisión final, lo que van en armonía con la esencia del arbitraje, esto es, la voluntad de las partes de apartarse de la jurisdicción estatal, sometiéndose a la competencia y la decisión de los privados. Entendemos que dicha facultad no se ha extendido a la ejecución del laudo, por ser esta una decisión definitiva; no así las medidas cautelares, que son de naturaleza temporal.

Analizar la incorporación de este sistema en nuestra legislación, creemos, es una importante tarea para quienes procuramos conseguir un sistema arbitral eficaz, además de confiable, sólido y eficiente.

El cometido debiera ser, en principio, cambiar el paradigma: no todo tiene que ser resuelto por el juez estatal. Los privados debemos tener la capacidad de resolver nuestras controversias en tanto en cuanto sean disponibles y no colisionen con el interés público. Este puede ser el comienzo.

REFERENCIAS

- Amprimo, N. J. C. (2013). La tutela cautelar arbitral. *Ius et Praxis*, (044), 59-79. https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/lus_et_Praxis/article/view/75
- Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Arequipa. (2021). *Arbitrajeccia*. <https://www.arbitrajeccia.com.pe/>
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2006). *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006*. https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration

- Constitución. Artículo 117, numeral 3. 29 de diciembre de 1978 (España). <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>
- Díez-Picazo, I., & Venegas, C. (2006). De la competencia de los árbitros (arts. 22-23). En A. de Martín Muñoz & S. Hierro Anibarro, *Comentario a la ley de arbitraje* (pp. 386-419). Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Hermosilla Martín, R., & Rubio Escobar, P. M. (2006). Del pronunciamiento del laudo y de la terminación de las actuaciones arbitrales (arts. 34-39). En A. de Martín Muñoz & S. Hierro Anibarro, *Comentario a la ley de arbitraje* (pp. 447-506). Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Ledesma Narváez, M. L. (2020). Los precedentes del tribunal constitucional en el arbitraje. *Giuristi. Revista de Derecho Corporativo*, 1(1), 29-46. <https://revistas.esan.edu.pe/index.php/giuristi/article/view/7>
- Ley 2006-014, Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 9. (2006, 14 de diciembre).
- Merino Merchán, J. F. (2009). *Curso de derecho arbitral*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Villanueva Núñez, L. (2018). *Limitaciones en las facultades de los árbitros* (vol. 57). Estudio Mario Castillo Freyre. <http://www.castillofreyre.com/Publicaciones/Arbitraje/1>

REFLEXIONES SOBRE LOS LÍMITES A LOS PODERES DE LOS ÁRBITROS Y EL *IURA NOVIT ARBITER*

LISBETH GÁRATE SILVA*
Universidad de Lima, Lima, Perú

Recibido: 31 de octubre del 2021 / Aceptado: 3 de enero del 2022

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2022.n054.5469>

RESUMEN. Los árbitros están investidos de una serie de poderes que resultan necesarios para cumplir con la tarea que las partes, en el marco de su autonomía privada, les han confiado. Sin embargo, en la medida en que tales poderes no son explícitos y taxativos, porque ello haría imposible el ejercicio de la función arbitral, los árbitros suelen afrontar no pocos dilemas que ponen en riesgo la emisión de un laudo válido y ejecutable que ponga fin de manera definitiva a la controversia sometida a su consideración. Estos dilemas revisten una mayor complejidad cuando no atañen solo a cuestiones de procedimiento, sino que entrañan decisiones que incidirán indefectiblemente en el fondo de la disputa. En ese contexto, delinear los parámetros para una adecuada comprensión de los límites para el ejercicio de los poderes implícitos que ostentan los árbitros constituye una labor imprescindible para el desarrollo y crecimiento de la práctica arbitral.

PALABRAS CLAVE: poderes implícitos / árbitros / límites / *iura novit arbiter* / argumento sorpresa

REFLECTIONS ON THE LIMITS TO THE POWERS OF ARBITRATORS AND THE *IURA NOVIT ARBITER*

ABSTRACT. Arbitrators are invested with a series of powers necessary to fulfill the task that the parties, in the exercise of their private autonomy, have entrusted them. However, to the extent that such capacities are not explicit and exhaustive —if they were, the practice of arbitration would be impossible—, arbitrators often face many dilemmas that put the validity and and enforceability of the award at risk. These

* Abogada por la Universidad de Lima, con especialización en Derecho de la Construcción por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Asociada sénior del Área de Litigios y Arbitraje Internacional de Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero DU & Uría.

dilemmas are more complex when they do not concern procedural issues only but involve decisions that will inevitably affect the substance of the dispute. In this context, establishing the parameters for an adequate understanding of the limits for the exercise of implicit powers held by arbitrators constitutes an essential task for the development and growth of arbitration practice.

KEY WORDS: implicit powers / arbitrators / limits / *iura novit arbiter* / surprise argument

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El propósito del presente artículo es realizar una primera aproximación a la problemática que frecuentemente enfrentan los árbitros en el marco de la adopción de decisiones durante el curso de un arbitraje, y, al mismo tiempo, plantear algunos lineamientos fundamentales que puedan resultar de utilidad para la práctica arbitral.

Los árbitros se encuentran investidos de una serie de poderes que pueden (y, en determinados casos, deben) ejercer en busca de una solución apropiada y acorde a derecho para la controversia sometida a su consideración. Sin embargo, el ejercicio de tales facultades no siempre es una tarea sencilla, en tanto en cuanto, de no realizarse con cautela, podría colisionar con los derechos de las partes, impidiendo la emisión de un laudo válido y ejecutable que ponga fin de manera definitiva a la disputa. Y, si ese fuese el caso, el arbitraje se habría llevado a cabo en vano, pues no habría cumplido con su finalidad.

En ese contexto, no es extraño que, con el propósito de asegurar la validez y eficacia de su laudo de un proceso de anulación en sede judicial, algunos árbitros opten por ser salomónicos y conceder algo de razón a cada una de las partes, de manera que el resultado sea —a veces solo en apariencia— equitativo o justo. Consideramos, respetuosamente, que esta medida es equivocada y, lejos de constituir una solución, contribuye a mantener un *statu quo* poco saludable para el crecimiento y desarrollo de la práctica arbitral.

No es un secreto que una de las ventajas del arbitraje es la promesa de ser un procedimiento eficiente y expedito (al menos en mayor medida que un proceso judicial). Indudablemente, estas características se desvanecen por completo si, frente a la falta de acuerdo entre las partes respecto a una cuestión procedimental, los árbitros atienden una exigencia notablemente improcedente y dilatoria de alguna de ellas bajo la sutil advertencia de que, de no hacerlo, supondría una afectación del derecho al debido proceso y, por consiguiente, daría eventualmente lugar a la anulación del laudo¹. En esos casos, se pierde por completo de vista el derecho de la otra parte a que la controversia sea solucionada en un plazo razonable. Sin duda, habrá ocasiones en las que corresponda acceder a ciertas peticiones, pero habrá

1 Ferrari et al. (2020, p. 2) explican que no es poco común que las partes caractericen simples solicitudes procedimentales como cuestiones de debido proceso con el objetivo de introducir nueva evidencia al expediente arbitral o presentar escritos no previstos en el calendario procesal. Según dichos autores, en esos casos, algunos árbitros adversos al riesgo (en lo que se conoce como *due process paranoia*) avalan dicha conducta a pesar de que es objetivo que no necesitan hacerlo para asegurar el respeto del debido proceso y, con ello, atentan contra la identidad misma del arbitraje.

otros casos en los que no sea así, y es precisamente labor de los árbitros resolver con convicción en uno u otro sentido y sin temor a que su laudo sea luego anulado².

Pero, así como algunos árbitros optan por ser salomónicos, otros incurren en un exceso de proactividad y terminan por exceder los límites para el ejercicio de los poderes que se les confieren e inciden directamente en el fondo de la controversia. Uno de los casos especialmente relevantes por los dilemas que presenta y la amplia discusión que, a la fecha, ha propiciado es el *iura novit arbiter*³, en la medida en que podría estar reñido con ciertas garantías que deben ser necesariamente respetadas a efectos de evitar incurrir en una causal de anulación de laudo.

¿Cuándo se justifica que el árbitro decida sobre la base de reflexiones jurídicas que no han sido planteadas por las partes durante el arbitraje? ¿Cómo podría ejercerse esta facultad (o deber, dependiendo de la posición que se adopte al respecto) sin que ello implique exceder el mandato conferido y vulnerar pilares del arbitraje como el principio de congruencia, el derecho de defensa de la parte vencida y el deber de imparcialidad de los árbitros? ¿Los árbitros se estarían sustituyendo en la carga de las alegaciones o de la prueba del derecho, “ayudando” a una de las partes en perjuicio de la otra?

Concluirá el lector que, en general, los poderes de los árbitros pueden ser herramientas muy útiles o peligrosas, dependiendo de cuándo y cómo sean aplicados. No se trata de prescindir permanentemente de ellos ni de recurrir indiscriminadamente a estos. Tampoco se trata de tener un rol excesivamente activo o un rol meramente pasivo en el procedimiento. La polarización es innecesaria y, de hecho, es ajena a los fines del arbitraje. La clave consiste en que los árbitros puedan emplear las facultades que ostentan en aquellas oportunidades en que sea así requerido por las particularidades de cada caso. Es imprescindible encontrar un equilibrio que permita a los árbitros cumplir con su mandato sin que las partes vean mermados sus derechos. Por ello, este artículo pretende delinear los necesarios parámetros para una mejor comprensión de los límites para el ejercicio de los poderes de los árbitros sin que suponga un riesgo para la validez del laudo.

2 Al respecto, se precisa que, si se ignora esta simbiosis entre eficiencia y debido proceso, se corre el riesgo de socavar las características del arbitraje como un sistema viable de resolución de disputas, en la medida en que podría entenderse erróneamente que el debido proceso es un obstáculo para impartir justicia de manera eficiente, debiéndose sacrificar el debido proceso para mantener la eficiencia (Ferrari et al., 2020, p. 39). Sin embargo, como explican los autores bajo comentario, no hay justicia (ni siquiera una justicia rápida) sin debido proceso. En otras palabras, solo un mecanismo de resolución de conflictos que respete las normas fundamentales del debido proceso (lo que, a su vez, incrementa el grado de precisión y de legitimidad del resultado) merece el respaldo de un sistema jurídico; de lo contrario, el procedimiento que se instaure sería tan inútil como intentar resolver un conflicto lanzando una moneda al aire (Ferrari et al., 2020, p. 39).

3 Esto es, el aforismo *iura novit curia* (el juez conoce de derecho) llevado al arbitraje.

2. CONSIDERACIONES SOBRE LA LEGITIMACIÓN Y NATURALEZA DE LOS PODERES DE LOS ÁRBITROS

Una consecuencia lógica y necesaria de que el arbitraje nazca de la autonomía privada es que las partes sean las auténticas dueñas del procedimiento y puedan determinar las reglas aplicables a este. Solo en ausencia de reglas consensuadas (ya sea expresamente, ya sea por remisión al reglamento de alguna institución arbitral) los árbitros tienen la facultad de establecer aquella que consideren más apropiada para resolver la situación de que se trate⁴, basándose en la norma supletoriamente aplicable, en los principios arbitrales, así como en los usos y costumbres en la materia⁵.

Cabe precisar que pueden existir ciertos casos en los que los árbitros no coincidan con las partes en determinadas reglas acordadas por estas. En aquellas situaciones, según explica Born (2021), los árbitros no solo pueden, sino que deben hacer sus mejores esfuerzos por disuadir a las partes de aplicar tales reglas y proponer otras que estimen más apropiadas. Sin embargo, si no logran convencer a las partes, los árbitros deben ceñirse a lo dispuesto por estas⁶, salvo que el acuerdo vulnere alguna norma imperativa, como el principio de igualdad de trato (Born, 2021, p. 2307).

4 Artículo 34, numeral 1, del Decreto Legislativo 1071 (2008) —en adelante, Ley de Arbitraje—: “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 apropiada teniendo en cuenta las circunstancias del caso”. Véase también el artículo 40 de la Ley de Arbitraje: “El tribunal arbitral es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualquiera cuestiones conexas y accesorias a ella que se promueva durante las actuaciones arbitrales, así como para dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las mismas”.

5 Artículo 34, numeral 3, de la Ley de Arbitraje: “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”. Los reglamentos de las instituciones arbitrales nacionales suelen remitirse también a tales criterios. Véase, por ejemplo, el artículo 20 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (2017) —en adelante, Reglamento de Arbitraje de la CCL—: “Las actuaciones ante el Tribunal Arbitral se rigen por este Reglamento y, a falta de disposición, por las reglas que las partes o, en su defecto, el Tribunal Arbitral determinen, pudiendo recurrir a principios, usos y costumbres en materia arbitral”. Véase, en esa misma línea, el artículo 40 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP (2017) —en adelante, Reglamento de Arbitraje del CARCPUCP—: “De existir algún hecho que no haya sido regulado por el Reglamento, los árbitros aplicarán la Ley de Arbitraje, los principios referidos para las actuaciones arbitrales y, en su defecto, reglas que permitan el desarrollo eficiente de las actuaciones”. En el ámbito internacional, la lógica es la misma dado el origen del arbitraje. Así, por ejemplo, según el artículo 19 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (2021) —en adelante, Reglamento de Arbitraje de la CCI—, “el procedimiento ante el tribunal arbitral se regirá por el Reglamento y, en caso de silencio de éste, por las normas que las partes o, en su defecto, el tribunal arbitral determine ya sea con referencia o no a un derecho procesal nacional a ser aplicado en el arbitraje”.

6 Esto se condice, por ejemplo, con el artículo 22, numeral 2, del Reglamento de Arbitraje de la CCI, según el cual “con el fin de asegurar la conducción efectiva del caso, el tribunal arbitral, previa

La legitimación de los poderes que ostentan los árbitros para el ejercicio de su función la otorgan, entonces, las propias partes, en la medida en que son perfectamente conscientes de que, al someter una controversia a arbitraje y no definir ciertas reglas, los árbitros tendrán libertad para suplir ese vacío⁷. Así, en principio, los árbitros gozan de libertad para regular el procedimiento, pero deben respetar ciertos principios básicos como el trato igualitario a las partes y conceder a cada una de ellas la oportunidad suficiente para hacer valer sus derechos⁸, entre otros aspectos. La racionalidad de tales poderes se explica de la siguiente manera:

Una de las razones por las que los tribunales arbitrales gozan de una amplia discreción sobre los procedimientos arbitrales es para poder adaptar dichos procedimientos a las necesidades y circunstancias de las disputas, las partes y los casos concretos. El objetivo de cualquier procedimiento arbitral debe ser permitir a las partes la oportunidad de presentar los hechos relevantes para la disputa en particular (a través de pruebas documentales, testimoniales y de otro tipo de evidencia) de la manera más fiable, eficiente y justa posible. (Born, 2021, p. 2367)

Sin embargo, la remisión a la aplicación de principios arbitrales es tan genérica que plantea ciertos problemas a la hora de definir cuáles son sus alcances, además de cómo y cuándo pueden ser empleados. Ni siquiera en aquellos casos en los que la existencia de los poderes pareciera haber sido establecida de manera expresa su aplicación está exenta de problemas o riesgos, en tanto en cuanto los parámetros para el ejercicio de

consulta a las partes, deberá adoptar las medidas procesales que considere apropiadas, siempre que éstas no vulneren ningún acuerdo de las partes". Normalmente, las cuestiones procedimentales se definen en la conferencia sobre conducción del procedimiento y calendario procesal (artículo 24 del Reglamento de Arbitraje de la CCI).

- 7 Véase, por ejemplo, el artículo 23, numeral 4, del Reglamento de Arbitraje de la CCL: "El Tribunal Arbitral puede, a su discreción, decidir cuestiones preliminares, ordenar la bifurcación del proceso arbitral, dirigir el orden de la prueba y ordenar a las partes que centren sus presentaciones en temas cuya decisión podría resolver la totalidad o parte del caso". La Cámara de Comercio Internacional ha establecido inclusive ciertas técnicas para la conducción del caso en el apéndice IV del Reglamento de Arbitraje de la CCI, que buscan garantizar un manejo eficiente de tiempo y costo del arbitraje y se encuentran relacionadas con la bifurcación del procedimiento, la fase de producción de documentos y otros asuntos que normalmente emergen durante un arbitraje.
- 8 Artículo 34, numeral 2, de la Ley de Arbitraje: "El tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos". Véase, en esa misma línea, el artículo 23, numeral 1, del Reglamento de Arbitraje de la CCL: "Con sujeción a lo dispuesto en este Reglamento, el Tribunal Arbitral dirige el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre y cuando garantice a las partes igualdad de trato y la oportunidad razonable de presentar su caso". Por su parte, el artículo 35 del Reglamento de Arbitraje del CARCPUCL lista los principios esenciales que deben guiar las actuaciones arbitrales: trato igualitario a las partes, confidencialidad, eficiencia, eficacia, equidad, buena fe y demás que rigen el arbitraje. En el ámbito internacional, se detalla la mecánica de conducción del arbitraje, precisándose que "en todos los casos, el tribunal arbitral deberá actuar justa e imparcialmente y asegurarse de que cada parte tenga la oportunidad suficiente para exponer el caso" (artículo 22, numeral 4, del Reglamento de Arbitraje de la CCI).

dichas facultades no se encuentran claramente definidos, por lo que dependerán del exclusivo criterio del árbitro atendiendo a la praxis arbitral e, inclusive, de si tienen un estilo *laissez-faire* o *dirigiste* (González de Cossío, s. f., p. 44).

Los poderes de los árbitros pueden haber sido expresamente previstos por las partes en el convenio arbitral, en la orden procesal inicial en la que se determinan las reglas del procedimiento⁹, al remitirse al reglamento de una institución arbitral o al no pactar en contra de alguna disposición de la norma general que regula el arbitraje. Estas facultades permiten que los árbitros puedan ampliar plazos para las actuaciones aun cuando estuviesen vencidos¹⁰, que puedan determinar el lugar¹¹ y el idioma¹² del arbitraje, que puedan definir las normas jurídicas aplicables en el arbitraje internacional¹³, que puedan asignar y distribuir los costos del arbitraje¹⁴, entre otras cuestiones.

9 Bajo el Reglamento de Arbitraje de la CCI, además de la primera orden procesal donde se detallan las reglas procesales aplicables, en el Acta de Misión previa se incluyen "precisiones con relación a las normas aplicables al procedimiento y, si fuere el caso, la mención de los poderes conferidos al tribunal arbitral para actuar como amigable componedor o para decidir *ex aequo et bono*" —artículo 23, numeral 1, literal g), del Reglamento de Arbitraje de la CCI—.

10 Artículo 34, numeral 4, de la Ley de Arbitraje: "El tribunal arbitral podrá, a su criterio, ampliar los plazos que haya establecido para las actuaciones arbitrales, incluso si estos plazos estuvieran vencidos". Véase, también, el artículo 4, numeral 3, del Reglamento de Arbitraje de la CCL: "Si las circunstancias lo justifican, el Centro y, en su caso, el Tribunal Arbitral pueden modificar los plazos previstos en este Reglamento o cualquier plazo que fije, aun cuando estuviesen vencidos". Véase, asimismo, el artículo 9, literal e), del Reglamento de Arbitraje del CARPUCP: "Si las circunstancias lo ameritan, el Centro y, en su caso, el tribunal arbitral puede modificar los plazos previstos en el presente Reglamento o cualquier plazo que se fije, incluso los que pudieran haberse vencido".

11 Artículo 35, numeral 1, de la Ley de Arbitraje: "Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendiendo a las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes".

12 Artículo 36, numeral 1, de la Ley de Arbitraje: "Las partes podrán acordar libremente el idioma o los idiomas que hayan de utilizarse en las actuaciones arbitrales. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral determinará el idioma o los idiomas del arbitraje, atendidas las circunstancias del caso". Véase, en ese mismo sentido, el artículo 19, numeral 1, del Reglamento de Arbitraje de la CCL: "El idioma o los idiomas que han de emplearse en las actuaciones se acuerdan entre las partes. A falta de este acuerdo, el Tribunal Arbitral lo determina sin demora después de su constitución". El artículo 20 del Reglamento de Arbitraje de la CCI dispone en esa misma línea que "a falta de acuerdo entre las partes, el tribunal arbitral determinará el idioma o los idiomas del arbitraje teniendo en cuenta cualesquiera circunstancias pertinentes, incluido el idioma del contrato".

13 Artículo 57, numeral 2, de la Ley de Arbitraje: "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 ... Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, el tribunal aplicará las que estime apropiadas". Véase, en esa misma línea, el artículo 21, numeral 1, del Reglamento de Arbitraje de la CCL: "Las partes pueden acordar libremente las normas jurídicas que el Tribunal Arbitral debe aplicar al fondo de la controversia. A falta de acuerdo de las partes, el Tribunal Arbitral aplica las normas jurídicas que considere pertinentes". Esta regla, con idéntico tenor, está contemplada en el artículo 21 del Reglamento de Arbitraje de la CCI.

14 Artículo 69 de la Ley de Arbitraje: "Las partes tienen la facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, reglas relativas a los costos del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral dispondrá lo conveniente, con sujeción a lo dispuesto en este título".

Los árbitros también gozan de amplias libertades en materia probatoria. Así, pueden determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas aportadas por las partes y ordenar además en cualquier momento del arbitraje que se presenten o actúen otras pruebas que se estimen necesarias¹⁵. Además, los árbitros se encuentran facultados para prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas¹⁶. Con relación a la prueba pericial, existen disposiciones específicas. Así, los árbitros podrán nombrar, por iniciativa propia¹⁷,

Véase, también, el artículo 73, numeral 1, de la Ley de Arbitraje: "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". Véase el artículo 42, numeral 5, del Reglamento de Arbitraje de la CCL: "Al tomar la decisión sobre costos, el Tribunal Arbitral puede tomar en cuenta las circunstancias que considere relevantes, incluyendo el grado de colaboración de cada parte para que el arbitraje sea conducido de forma eficiente y eficaz en términos de costos y tiempo". Similar disposición consta en el artículo 38, numeral 5, del Reglamento de Arbitraje de la CCI: "Al tomar decisiones sobre costos, el tribunal arbitral podrá tomar en cuenta las circunstancias que considere relevantes, incluyendo la medida en la que cada parte haya conducido el arbitraje de forma expedita y eficaz en términos de costos".

- 15 Artículo 43, numeral 1, de la Ley de Arbitraje: "El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios". Véase, en ese mismo sentido, el artículo 28, numeral 2, del Reglamento de Arbitraje de la CCL: "El Tribunal Arbitral determina, de manera exclusiva, la admisibilidad, la oportunidad, la pertinencia y el valor de las pruebas presentadas". Véase, también, el artículo 48 del Reglamento de Arbitraje del CARCPUCP: "Los árbitros tienen la potestad exclusiva para determinar la admisibilidad, pertinencia, actuación y valor de las pruebas ofrecidas".
- 16 Artículo 43, numeral 2, de la Ley de Arbitraje: "El tribunal arbitral está facultado asimismo para prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso". Véase, en ese mismo sentido, el artículo 28, numeral 6, del Reglamento de Arbitraje de la CCL: "El Tribunal Arbitral puede prescindir de pruebas no actuadas cuando se considere suficientemente informado o por cualquier otra razón motivada". Véase, también, el artículo 48 del Reglamento de Arbitraje del CARCPUCP: "[Los árbitros pueden] ... c) Prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas, si se considera adecuadamente informado, pudiendo emitir el laudo basándose en las pruebas que disponga, según las circunstancias del caso. d) De considerarlo necesario, prescindir motivadamente de las pruebas cuya actuación no haya podido ser ejecutada por las características de su ofrecimiento o por la naturaleza de la prueba, habiendo transcurrido un plazo razonable".
- 17 Véase, también, el artículo 73, numeral 1, de la Ley de Arbitraje: "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". Véase el artículo 42, numeral 5, del Reglamento de Arbitraje de la CCL: "Al tomar la decisión sobre costos, el Tribunal Arbitral puede tomar en cuenta las circunstancias que considere relevantes, incluyendo el grado de colaboración de cada parte para que el arbitraje sea conducido de forma eficiente y eficaz en términos de costos y tiempo". Similar disposición consta en el artículo 38, numeral 5, del Reglamento de Arbitraje de la CCI: "Al tomar decisiones sobre costos, el tribunal arbitral podrá tomar en cuenta las circunstancias que considere relevantes, incluyendo la medida en la que cada parte haya conducido el arbitraje de forma expedita y eficaz en términos de costos".

uno o más peritos para que dictaminen sobre materias concretas y convocarlos a audiencia¹⁸.

Dado que estos poderes se encuentran en cierto modo positivizados, los eventuales problemas para su aplicación parecieran más acotados, aunque no escapan de ciertas complejidades. Un claro ejemplo es la prueba de oficio, que genera incertidumbre en la medida en que, según se comenta, en el arbitraje aplicaría el criterio adversarial, por lo que las partes deberían presentar y sustentar su caso sin interferencias sustanciales de los árbitros destinadas a compensar la impericia o inacción de las partes (Guaia, 2015, p. 144) La disyuntiva, entonces, se presenta porque

la carga de la prueba conlleva en definitiva las cargas implícitas de la alegación y de la persuasión y los árbitros estarían de algún modo sacrificando la dinámica probatoria que aceptaron respetar con el mandato arbitral si tomaran la iniciativa de introducir cuestiones y probar hechos que los interesados no quisieron o no pudieron argüir. En estos casos, los árbitros deberían sopesar si la cuestión cuya colación o prueba creen que falta afecta la rectitud técnica del laudo o su ejecutabilidad. (Guaia, 2015, p. 146)

En ese sentido, existe cierto sector que se inclina por la utilización restrictiva o excepcional de la facultad de solicitar pruebas de oficio en el arbitraje, por ejemplo, cuando sospecha que el procedimiento está siendo indebidamente instrumentalizado para fines ilícitos, como la comisión de fraude (Guaia, 2015). Pero es un hecho que los árbitros deben cumplir con el mandato de expedir un laudo y resolver en forma definitiva la controversia sometida a su consideración, y pueden presentarse casos en los que resulta sumamente complicado tomar una decisión apropiada con base en el material probatorio puesto por las partes a su disposición.

Así pues, sin una debida motivación y una cautelosa aplicación, existirá siempre el riesgo de que se exceda el mandato conferido, de un cuestionamiento por sesgo de parcialidad y de la afectación de ciertos derechos procesales de las partes. Interesa notar al respecto que, si bien algunos de estos riesgos pueden conjurarse (por ejemplo, frente a una posible falta de contradictorio podría extenderse la duración del procedimiento a fin de que las partes tengan oportunidad suficiente de pronunciarse sobre todo aquello que estimen relevante), el riesgo específico más difícil de superar en una

18 Los poderes de los árbitros respecto a pruebas distintas a la pericial se encuentran recogidos en reglamentos de ciertas instituciones arbitrales. Así, por ejemplo, el artículo 28, numeral 4, del Reglamento de Arbitraje de la CCL dispone que "en cualquier momento de las actuaciones, el Tribunal Arbitral, por iniciativa propia o a solicitud de parte, puede ordenar que cualquiera de las partes aporte las pruebas adicionales que estimen necesarias dentro del plazo que determine". Como se advierte, se refiere a "pruebas adicionales" y se comprende cualquier tipo de material probatorio. En esa misma línea, el artículo 25, numeral 4, del Reglamento de Arbitraje CCI prevé que "en todo momento durante el procedimiento arbitral, el tribunal arbitral podrá requerir a cualquier de las partes para que aporte pruebas adicionales".

situación como esta es la sustitución de los árbitros en la carga de alegar o de probar de una de las partes. Con toda probabilidad, esa es la razón por la que algunos árbitros no se animan a ejercer los poderes que ostentan.

Con el propósito de dotar de mayor claridad al asunto, la International Law Association Committee on International Commercial Arbitration (en adelante, la ILA), en la Resolución 4/2016, emitida en la conferencia llevada a cabo en Johannesburgo en agosto del 2016¹⁹, ha planteado la existencia de tres categorías de poderes y ha admitido que puede haber un traslape entre ellas. Según la ILA (2016): (i) los poderes implícitos se derivan del acuerdo de las partes y de otros instrumentos que gobiernan el arbitraje, tales como las reglas de una institución arbitral o la normativa general supletoria; (ii) los poderes discrecionales tienen que ver con asuntos de procedimiento, pudiendo ser implícitos o inherentes, y (iii) los poderes inherentes son aquellos necesarios para preservar la jurisdicción, mantener la integridad del procedimiento y emitir un laudo ejecutable (recomendación 2.b).

El análisis, conforme a la ILA (2016), debe ser efectuado en ese orden, en tanto en cuanto ello permite tomar como primer punto de referencia la autonomía privada (recomendación 2.c). Como es natural, si el poder que se pretende ejercer puede calificarse de dos tipos (por ejemplo, implícito y discrecional), los árbitros se sentirán más cómodos al ejercerlo, siendo los poderes inherentes aquellos que deben ser ejercidos con mayor cuidado porque propician un mayor espacio de discusión (recomendación 2.b).

Ahora bien, la ILA (2016) recomienda que, en forma previa al ejercicio de un poder no explícito, los árbitros concedan a las partes oportunidad para pronunciarse teniendo en consideración el sistema legal bajo el cual las partes decidieron arbitrar, el alcance específico que se pretende dar al poder de que se trate y los intereses en juego (recomendación 2.d). Así pues, la autonomía privada legitima y a la vez limita los poderes de los árbitros (recomendación 1.b). Evidentemente, como ya se adelantó, la decisión final de los árbitros ha de estar debidamente razonada (recomendación 2.e).

3. EL *IURA NOVIT ARBITER* Y SUS LÍMITES

El debate en torno al denominado *iura novit arbiter* alcanza tanto a la pertinencia de trasladar un principio de la jurisdicción ordinaria al arbitraje (lo que se encuentra directamente vinculado con el sistema legal bajo el cual se decide arbitrar²⁰) como a si

19 Estas recomendaciones están precedidas del ILA Report on the Inherent Powers of Arbitrators in International Commercial Arbitration, Washington D. C. (2014).

20 Se afirma que las diferencias entre familias jurídicas se ven afectadas por las variaciones en el enfoque fundamental que cada sistema adopta para la resolución de conflictos (Waincymer, 2011, p. 206). Así, según el autor bajo comentario, es mucho más natural encontrar jurisdicciones civiles

constituye un deber o una facultad de los árbitros y, sobre todo, a la determinación de los límites para su aplicación. Definir esta cuestión es de vital importancia porque un exceso en el ejercicio de este poder por parte de los árbitros podría ser encausado como un vicio de anulación del laudo.

La visión de este asunto varía, entre otros, dependiendo de la jurisdicción a la que se someta la problemática. Por ejemplo, en Suiza, el punto de partida del análisis del *iura novit arbiter* tiene que ver con los reales alcances del derecho de las partes a ser oídas sobre cuestiones legales y la previsibilidad (Meier & Mcgough, 2014, p. 492). Así, si las partes pudieron anticipar que los árbitros aplicarían determinada regla legal o contractual y decidieron no discutir su pertinencia en el procedimiento, deberán soportar esa carga; sin embargo, si no pudieron anticiparlo, tendrán derecho a ser oídas para proteger sus legítimas expectativas (Meier & Mcgough, 2014, p. 492). El sustento es que, si las partes conocían que la regla existía y podría eventualmente ser considerada relevante por parte de los árbitros, la resolución del caso con base en esa regla no constituye un "argumento sorpresa" (Meier & Mcgough, 2014, p. 492).

Ahora bien, aunque existe un sector doctrinario que plantea la aplicación irrestricta del *iura novit arbiter* y otro que la rechaza por entero, algunos autores plantean que dicho principio sí resulta aplicable, pero con ciertas restricciones y teniendo como límite natural el respeto de las garantías universalmente aceptadas, tales como el derecho de defensa, el deber de imparcialidad y el principio de igualdad:

Permitir a un tribunal arbitral decidir una controversia con base en argumentos totalmente nuevos que no fueron debatidos por las partes durante el proceso sería necesariamente contrario al derecho a la defensa pues se estaría privando a las partes de la oportunidad de expresar su posición y exponer sus alegatos respecto a los fundamentos sobre los cuales el tribunal basó su decisión. Más grave aún, si el tribunal en su laudo invoca defensas que no han sido opuestas por la parte demandada, sería equivalente a suplir sus cargas procesales y curar las deficiencias en sus argumentos, lo que atentaría contra el deber de imparcialidad del tribunal y el principio de igualdad entre las partes. (Blackaby & Chirinos, 2013, pp. 85-86)

En efecto, Lew (2011) y Waincymer (2011) explican con acierto que la tendencia en el arbitraje internacional es híbrida. En tanto la ley aplicable al fondo de la controversia puede ser una distinta a aquella conocida por los árbitros a cargo del procedimiento, lo habitual es que las partes sometan a consideración de estos la interpretación y prueba

que apoyen el principio de *iura*, dado un modelo inquisitorial que hace del juez el actor principal en la búsqueda de una solución justa; por el contrario, las jurisdicciones del common law, que históricamente veían a los jueces como receptores pasivos de los argumentos opuestos de los litigantes, apoyan mucho menos cualquier noción de que un juez pueda decidir sobre cuestiones no planteadas por las partes (Waincymer, 2011, p. 206).

del derecho aplicable a través de la presentación de todas las autoridades legales correspondientes. Sin embargo, ello no es óbice para que, en caso de que los árbitros adviertan una cuestión legal relevante para la resolución de la disputa que no ha sido planteada por ninguna de las partes, los árbitros puedan investigar al respecto y solicitar a las partes las clarificaciones que estimen pertinentes. Pero, dado el derecho de las partes de contar la oportunidad de presentar su caso y el riesgo de una eventual anulación de laudo, las averiguaciones que efectúen los árbitros deben ser transparentemente puestas en conocimiento de las partes para que estas puedan pronunciarse (Lew, 2011; Waincymer, 2011).

Las recomendaciones de la ILA en esta materia siguen dicho razonamiento:

5. Los árbitros deben recibir principalmente de las partes la información sobre el contenido de la ley aplicable.

6. En general ... los árbitros no deben introducir cuestiones jurídicas —proposiciones de derecho que puedan influir en el resultado de la controversia— que las partes no hayan planteado.

7. Los árbitros no están limitados a las alegaciones de las partes sobre el contenido del derecho aplicable ... los árbitros pueden consultar a las partes sobre las cuestiones jurídicas que estas hayan planteado, sobre sus alegaciones y sobre la evidencia presentada sobre el contenido del derecho aplicable, pueden examinar fuentes no invocadas por las partes en relación con esas cuestiones jurídicas y pueden, de manera transparente, basarse en sus propios conocimientos sobre el derecho aplicable en relación con esas cuestiones jurídicas.

8. Antes de llegar a sus conclusiones y emitir una decisión o un laudo, los árbitros deben dar a las partes una oportunidad razonable de ser escuchadas sobre cuestiones jurídicas que puedan ser relevantes para la resolución del caso. No deben dictar decisiones que razonablemente puedan sorprender a las partes, o a alguna de ellas, o que se basen en cuestiones jurídicas no planteadas por o con las partes. (International Law Association, Final Report on Ascertainning the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration, 2008)

Esta mirada ha sido aplicada en múltiples arbitrajes internacionales²¹ para tutelar diversas garantías dependiendo de la *lex arbitri*: el *principe de la contradiction*, bajo la ley francesa; la *substantial injustice resulting from a procedural irregularity*, bajo la ley inglesa (Abdel Wahab, 2015, p. 14), o el *misbehaviour by which the rights of any party have been prejudiced* y la *evident partiality*, bajo la ley estadounidense, si se considera que los

21 Véase, por ejemplo, *Cameroon Airlines V. Transnet Ltd.* (2004), EWHC 1829, 100-01 (Comm) (English High Ct.), en el que este asunto es enfocado como una cuestión elemental de justicia. En este caso, la corte indicó que no es justo decidir un caso en contra de una parte sobre una cuestión que jamás ha sido planteada en él sin haber llamado su atención sobre dicha cuestión a fin de que las partes

árbitros se han apartado del mandato conferido y, dependiendo de las circunstancias del caso, que han incumplido su deber de imparcialidad por sustituirse en la carga de la alegación o en la carga de la prueba del derecho de alguna de las partes ampliando su defensa, así como por no otorgar a una de las partes suficiente oportunidad para presentar su caso²². Si la cuestión bajo análisis no se propone exactamente de la misma manera entre nosotros, esta es la visión que más se condice con el sistema peruano.

En efecto, el Tribunal Constitucional ha establecido ya la prohibición del “argumento sorpresa” en sede judicial y no existe ninguna razón válida para que ese criterio no sea también aplicado a los arbitrajes²³, en la medida en que se sustenta en garantías que rigen en ambos tipos de procedimientos.

La congruencia procesal obliga a los árbitros a “resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal”, en la medida en que “desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial” (Sentencia del Tribunal

hubieran tenido una oportunidad de pronunciarse al respecto, ya sea solicitando mayor evidencia, ya sea presentando alegaciones sobre los hechos o la ley ante el tribunal. Este razonamiento se sustentó, además, en que la función esencial de un árbitro es resolver las cuestiones planteadas por las partes. Los escritos registran lo que se piensa son esas cuestiones y, al final de la presentación de pruebas, debería quedar claro qué cuestiones son todavía cuestiones vigentes. En ese sentido, si un árbitro considera que las partes o sus peritos han olvidado un punto importante, no es solo una cuestión de obvia prudencia, sino que el árbitro está obligado, conforme a la justicia común o, como a veces se describe, conforme a la justicia natural, a indicárselos para que tengan la oportunidad de tratar con él. Véase, también, *Zermalt Holdings SA v. Nu-Life Upholstery Repairs Ltd* (1984), 2 EGLR 14, 15 (QB). En este caso, se explicó que, si los árbitros sienten que el adecuado acercamiento es uno que no ha sido explorado o desarrollado por ninguna de las partes, entonces nuevamente es su deber dar a las partes la oportunidad de comentar. Véase, asimismo, *CLOUT cas No. 1049 (Louis Dreyfus S.A.S. v. Holding Tusculum B.V., Superior Court of Quebec, Canada, 8 December 2008)*, QCCS 5903 (CanLII), caso en el cual se precisó que, al modificar la fundamentación jurídica, los árbitros pueden y deben solicitar a las partes que aborden cuestiones de hecho y/o de derecho que se han planteado, pero que no han sido directamente tratadas en los documentos de las partes, en la medida en que sean cuestiones necesarias para resolver la controversia. La corte precisó en dicho caso que proceder de ese modo no supone un exceso de competencia por parte de los árbitros.

22 Sobre estos temas, es oportuno remitirse al Federal Arbitration Act U. S. y el Restatement of Law de la American Law Institute, *International Commercial and Investor-State Arbitration*.

23 De hecho, ya ha sido aplicado en, por ejemplo, el arbitraje entre Representaciones Tecnimotors E. I. R. L. con Provías Descentralizado (Caso Arbitral 388-2018-CCL, 2020): “En opinión del Tribunal Arbitral en el arbitraje nacional sí resulta de aplicación el principio *iura novit curia*. En este caso, no se presenta el inconveniente que sí se presenta en el arbitraje internacional: el árbitro conoce el Derecho Nacional ... para la aplicación del principio *iura novit curia* en el arbitraje debe darse la oportunidad a las partes de debatir la nueva argumentación jurídica del árbitro. Es decir, debe evitarse la sorpresa”. En dicho caso, los árbitros analizaron si el acto contenido en un oficio emitido por la entidad era nulo o no, y explicaron cómo ambas partes habían tenido oportunidad de presentar sus alegaciones al respecto durante el arbitraje, a pesar de la calificación del acto en cuestión como acto contractual o acto administrativo.

Constitucional 896-2009-PHC, 2010). Nótese que no se trata de que los árbitros no tengan la facultad de aplicar la fundamentación jurídica que estimen idónea o de corregir aquella que haya sido planteada por las partes, pero no pueden hacerlo al momento de expedir el laudo porque las partes no habrían tenido la oportunidad de pronunciarse:

7. En ese sentido; un Juez que base su decisión en hechos que no se encuentran acreditados, o se refiera a alegaciones no formuladas por las partes, estará realizando una motivación aparente (inexistente en términos formales) y, por tanto, estará actuado de manera arbitraria ...

12. En el ámbito del Recurso de Casación, la vulneración del principio dispositivo no sólo comporta una extralimitación “en lo resuelto” (que supone, además, una violación del deber de congruencia, como ya quedó dicho), sino también la utilización de un “argumento” (por el propio juez) que no ha sido objeto de contradicción; un argumento “sorpresivo” (por ser utilizado sin previo “traslado”), sobre el cual no se le confirió la oportunidad de ser oído ...

15. Tal decisión, a juicio de este Tribunal, al basarse en hechos que no habían sido alegados por la parte, constituye una lesión del principio de congruencia y también del derecho de defensa, en la medida en que se resolvió sobre los derechos e intereses de la recurrente, sin permitírsele la oportunidad de ser oído. El demandante sólo pudo expresar sus argumentos en torno a si le debían (o no) otorgar una escritura pública. No si era o no propietario. (Sentencia del Tribunal Constitucional 3151-2006-PA, 2008)

Bajo este criterio, un exceso del principio del *iura novit arbiter* es causal de anulación de laudo en el Perú²⁴ porque supone una afectación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en sus diversas expresiones (derecho al debido proceso, derecho de defensa y contradictorio, derecho a tener oportunidad suficiente de presentar su caso, derecho a ser oído, derecho a una debida motivación en tanto en cuanto existe una vulneración del principio de congruencia, entre otros). La parte afectada tendrá entonces expedito su derecho de solicitar la anulación al amparo del artículo 63.1, causales b) y c)²⁵, así

24 De hecho, el debate al respecto consta ya en algún pronunciamiento de la Primera Sala Civil con Subespecialidad en lo Comercial de Lima en tal sentido. Véase la sentencia recaída en el Expediente 00254-2011-0-1817-SP-CO-01: “En efecto, si el Tribunal Arbitral consideraba que los hechos alegados por Season se encontraban subsumidos en la figura de ‘pérdida de chance’, debió incorporar ese argumento al debate existente entre las partes pues, como puede verse de las citas transcritas, ese específico concepto, que por lo demás no está recogido expresamente en nuestra legislación civil, nunca fue materia del debate jurídico o probatorio desarrollado en el proceso arbitral. Al ejercer su potestad de utilizar el *iura novit curia* solo en el momento de dictar el laudo, el tribunal arbitral impidió que el demandante de la nulidad discutiera si la nueva calificación jurídica de los árbitros se ajustaba a la causa petendi y, asimismo, le negó la posibilidad de que pudiera ofrecer prueba sobre la configuración de la misma”. Dicho magistrado concluyó que ello generó indefensión, lo cual constituye una vulneración del derecho a la tutela jurisdiccional y el derecho a la motivación adecuada del laudo arbitral, por lo que resolvió anular el laudo en ese extremo.

25 Cuyo texto es el siguiente: “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

como de la duodécima disposición complementaria²⁶ de la Ley de Arbitraje y del precedente vinculante establecido en el fundamento 20, literal a), de la Sentencia del Tribunal Constitucional emitida bajo el Expediente 00142-2011-PA/TC.

Parece claro, entonces, que la mejor manera de ejercer el *iura novit arbiter* y asegurar la validez y eficacia del laudo es que, una vez advertida la norma jurídica, el precedente vinculante o la doctrina que los árbitros estimen aplicable y que no haya sido invocado por las partes durante el procedimiento, se conceda a ambas la oportunidad de debatir y alegar sobre el particular. Como explican Blackaby y Chirinos (2013), idealmente, ello debe producirse en una etapa temprana del arbitraje y antes de la audiencia sobre el fondo porque el nuevo enfoque legal propuesto por los árbitros podría impactar en la manera como las partes presentan su caso frente a ellos. En cualquier caso, la flexibilidad del arbitraje permite prolongar las actuaciones a efectos de propiciar el debate en torno a las nuevas cuestiones advertidas por los árbitros (Blackaby & Chirinos, 2013, pp. 90-91).

4. CONCLUSIONES

Es indiscutible que las partes no pueden prever la totalidad de las situaciones que se presentarán a lo largo del arbitraje a fin de regularlas *ex ante*. Esa previsión tampoco puede recogerse íntegramente en los reglamentos de las distintas instituciones arbitrales a cuya administración las partes puedan someterse ni en las normas legales supletorias. De ahí que resulte indispensable investir a los árbitros con poderes para suplir ese inevitable vacío de reglas procedimentales.

Sin embargo, tales poderes no pueden ser explícitos y taxativos porque, si lo fuesen, la tarea de los árbitros no podría ser cumplida y, por ende, frustraría la finalidad del arbitraje. En la práctica se ha optado, entonces, por conceder a los árbitros ciertas libertades procedimentales que encuentran su límite en los derechos de las partes y en los propios deberes de los árbitros. Así, en cada decisión, los árbitros deben ponderar los intereses en juego para evitar lesionar los derechos de quienes les han confiado su caso.

Indudablemente, cuando se trata de una cuestión de procedimiento, el asunto podría revestir una menor complejidad que cuando se trata de poderes que inciden directamente

valer sus derechos [y] 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”.

26 Conforme a la cual “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”.

en el resultado de la controversia sometida a su consideración. El riesgo más difícil de conjurar en estos casos es que los árbitros, movidos por su visión de justicia del caso concreto, en sus indagaciones propongan aquellas cuestiones y preguntas que debió, sin que pueda recibir asistencia alguna de los árbitros, proponer alguna de las partes.

Sin embargo, al pactar someter sus controversias a arbitraje en el marco de la autonomía privada, las partes han legitimado en cierto modo que los árbitros ejerzan esos poderes, de manera tal que dicho ejercicio no implica *per se* una vulneración del debido proceso (en cualquiera de sus expresiones) o del deber de imparcialidad de los árbitros ni un exceso en la ejecución de su mandato. El *quid* está en la manera como se ejercen los poderes en cuestión y los límites que los árbitros deben inexorablemente respetar para que el resultado del procedimiento sea un laudo válido y ejecutable.

REFERENCIAS

- Abdel Wahab, M. (2015). *Iura novit arbiter in international commercial arbitration: the known unknown*. En Ziadé, N. (Ed.), *Festschrift Ahmed Sadek El-Kosheri* (pp. 3-26). Kluwer Law International.
- Blackaby, N., & Chirinos, R. (2013). Consideraciones sobre la aplicación del principio de *iura novit curia* en el arbitraje internacional. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, (6), 77-93.
- Born G. (2021) *International commercial arbitration* [Arbitraje comercial internacional] (3.ª ed.). Kluwer Law International.
- Cameroon Airlines V. Transnet Ltd. EWHC 1829, 100-01 (Comm) (English High Ct.). (2004).
- Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje. (2008, 1 de septiembre).
- Ferrari, F., Rosenfeld, F., & Czernich, D. (2020). Chapter 1: general report [Capítulo 1: reporte general]. En F. Ferrari, F. Rosenfeld & D. Czernich (Eds.), *Due process as a limit to discretion in international commercial arbitration* [Debido proceso como un límite a la discrecionalidad en el arbitraje comercial internacional] (pp. 1-40). Kluwer Law International.
- González de Cossío, F. (s. f.). *El árbitro*. González de Cossío Abogados, S. C. <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/EL%20ARBITRO.pdf>
- Guaia, C. (2015). Medidas probatorias de oficio en el arbitraje comercial internacional. *ArbitrajePUPC*, (5), 142-148. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/16705/17035>

- International Law Association Report on the Inherent Powers of Arbitrators in International Commercial Arbitration, Washington D. C. (2014).
- International Law Association Resolution 4/2016 International Commercial Arbitration. (2016).
- International Law Association, Final Report on Ascertainning the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration. (2008).
- Laudo emitido en el Caso Arbitral 388-2018-CCL. (2020, 19 de noviembre). <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1862750/A-000084-2018-PVD%20Laudo%20Tecnimotors%20con%20PVD%20%28Cuarto%20Trimestre%2019.11.20%29.pdf>
- Lew, J. (2011). *iura novit curia* and due process [*iura novit curia* y debido proceso]. *Liber Amicorum Serge Lazareff. Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 72/2010*. <https://ssrn.com/abstract=1733531>
- Louis Dreyfus S. A. S. v. Holding Tusculum B. V., Superior Court of Quebec, Canada, 8 December 2008, QCCS 5903 (CanLII). (2008).
- Meier, A., & MCGough, Y. (2014). Do lawyers always have to have the last word? *iura novit curia* and the right to be heard in international arbitration: an analysis in view of recent Swiss case law [¿Los abogados siempre tienen que tener la última palabra? *iura novit curia* y el derecho a ser oído en el arbitraje internacional: un análisis en vista de reciente jurisprudencia suiza]. *ASA Bulletin*, 32(3), 490-507.
- Reglamento y Estatuto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. (2017). <https://apps.camaralima.org.pe/repositorioaps/0/0/par/reglamento/reglamento%20y%20estatuto%20de%20arbitraje..pdf>
- Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. (2021). <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2021/05/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-spanish-version.pdf>
- Reglamento de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP. (2017). <https://cdn01.pucp.education/carc/wp-content/uploads/2019/04/22212943/carc-reg-1-01-rev-1-reglamento-de-arbitraje.pdf>
- Sentencia del Tribunal Constitucional 896-2009-PHC (Lima). (2010, 24 de mayo). Tribunal Constitucional: Sala Primera. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00896-2009-HC.html>
- Sentencia del Tribunal Constitucional 3151-2006-PA (Lima). (2008, 17 de septiembre). Tribunal Constitucional: Pleno Jurisdiccional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03151-2006-AA.pdf>

Sentencia del Expediente 00254-2011-0-1817-SP-CO-01. (2012). Corte Superior de Justicia de Lima: Primera Sala Civil con Subespecialidad en lo Comercial de Lima.

Waincymer, J. (2011). International arbitration and the duty to know the law [Arbitraje internacional y el deber de conocer el derecho]. *Journal of International Arbitration*, 28(3), 201-242.

Zermalt Holdings SA v. Nu-Life Upholstery Repairs Ltd 2 EGLR 14, 15 (QB). (1984).

PROCEDIMIENTOS SIN AUDIENCIAS EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

JULIO CÉSAR BETANCOURT*

London Arbitration Programme, Oxford, Reino Unido

Recibido: 7 de julio del 2021 / Aprobado: 8 de septiembre del 2021

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2022.n054.5277>

RESUMEN. En el arbitraje comercial internacional, las audiencias permiten que el tribunal arbitral oiga los argumentos a partir de los cuales cada una de las partes intenta justificar su pretensión, la cual podría tener un carácter principal o incidental. Las audiencias podrían servir, además, para evacuar testigos y expertos. Ni la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) ni el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI se refieren expresamente al derecho a una audiencia, de manera que, *de lege lata*, no existe dicho derecho. Así que la decisión vinculada con la posibilidad de celebrar una audiencia pertenece, por excelencia, a las partes o, según el caso, al tribunal arbitral. Con la llegada del COVID-19, la comunidad arbitral ha hecho énfasis en la sustitución de audiencias presenciales por audiencias virtuales. Empero, el tema de si tales audiencias son o no necesarias permanece inexplorado. El presente artículo examina la idea de los procedimientos arbitrales sin audiencias.

PALABRAS CLAVE: COVID-19 / arbitraje comercial internacional / procedimiento arbitral / audiencias / arbitraje de mera documentación

PROCEEDINGS WITHOUT HEARINGS IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

ABSTRACT. In international commercial arbitration, hearings allow the arbitral tribunal to listen to each party's arguments. At hearings, each party may also call witnesses and experts. Neither the UNCITRAL Model Law nor the UNCITRAL Arbitration Rules provide expressly for the right to a hearing, meaning that *de lege data* there is no such right. Thus, the decision on whether or not to hold a hearing rests primarily

* Abogado y magíster en Derecho por la University College London. Doctor en Derecho Privado por la Universidad de Salamanca; asimismo, fue director del Departamento de Investigaciones del Chartered Institute of Arbitrators y *junior academic visitor* en la Universidad de Oxford. Profesor del Curso Superior de Arbitraje de la Universidad CEU San Pablo y autor de varias publicaciones en materia de negociación, mediación y arbitraje, incluyendo la obra titulada *El contrato de arbitraje internacional* (Tirant lo Blanch, 2022).

with the parties or, depending on the case, with the arbitral tribunal. The arbitration community's response to COVID-19 has stressed substituting face-to-face hearings with virtual hearings. Yet the question of whether such hearings are (or are not) necessary remains largely overlooked. This article examines the idea of arbitral proceedings without hearings.

KEYWORDS: COVID-19 / international commercial arbitration / arbitral proceedings / hearings / documents-only arbitration

1. INTRODUCCIÓN

El 30 de enero del 2020, Tedros Adhanom Ghebreyesus, director general de la Organización Mundial de la Salud, declaró que el brote de un nuevo coronavirus —el cual, dicho sea de paso, recibió oficialmente el nombre de COVID-19 el 11 de febrero del 2020— constituía una emergencia de carácter internacional. Poco tiempo después, específicamente el 11 de marzo del 2020, el virus fue oficialmente considerado como una enfermedad epidémica (World Health Organization, s. f.).

La BBC de Londres comenta que, hasta la fecha, se han confirmado más de ciento ochenta millones de casos. El virus ha sido el culpable de la muerte de más de 3,9 millones de personas alrededor del mundo y lo peor es que, a pesar de la preparación de varias vacunas, este se continúa propagando. Así, el COVID-19 ha traído consigo todo un sinnúmero de consecuencias que terminarían no solamente por afectar la vida de millones de personas, sino también por perturbar el curso normal de inconmensurables actividades.

A partir de relatos predominantemente anecdóticos, podría decirse que, en el marco de las actividades relacionadas con la práctica del arbitraje comercial internacional, la llegada del COVID-19 culminaría por suscitar: (1) el diferimiento de audiencias presenciales (ya sea para un momento ulterior o, incluso, *sine die*), (2) la celebración de un mayor número de audiencias virtuales y (3) la prosecución de un pequeño número de procedimientos, como si se tratase de un arbitraje de mera documentación.

Luego, en mayo del 2021, Queen Mary University of London y White & Case publicaron los resultados de una investigación en la cual se demostró que: (1) solo un 16 % de los encuestados estuvieron a favor del diferimiento de las audiencias presenciales, (2) un 79 % de los encuestados preferían proseguir el procedimiento arbitral reemplazando la audiencia presencial por una audiencia virtual y (3) un 4 % de los encuestados estaban dispuestos a continuar el procedimiento arbitral sin necesidad de realizar una audiencia.

Los resultados de dicha investigación parecieran sugerir, por una parte, que la mayoría de los sujetos que participan en un procedimiento arbitral internacional suelen poseer una marcada predilección hacia la realización de una o varias audiencias y, por otra parte, que solo una minoría de ellos pareciera considerar que el tribunal arbitral podría muy bien tomar una decisión o dictar un laudo con arreglo a los documentos existentes, omitiendo así la celebración de una audiencia.

Así que, en la esfera comercial internacional, la solución de conflictos con la ayuda de un tribunal arbitral le ha dado paso a una práctica tendiente a garantizar la celebración de una o más audiencias que, desde hace muchos años, se han venido realizando —tal vez irreflexivamente— en forma presencial y que, como consecuencia del COVID-19, ahora tienen lugar en forma virtual, sin parar mientes en si era posible o no llevar adelante el procedimiento con base en los documentos presentados.

Los procedimientos arbitrales que no requieren de audiencias, normalmente, se conocen con el nombre de arbitrajes de mera documentación (*documents-only proceedings*). En el ámbito del derecho marítimo, por ejemplo, en donde prepondera la solución de conflictos según las reglas de la Asociación de Árbitros de Derecho Marítimo de Londres (London Maritime Arbitrators Association), son muy pocos los casos en los cuales las partes acuerdan celebrar una audiencia.

Claro que hay algunos otros conflictos que son solucionados en función de los documentos existentes. Entre ellos se destacan los conflictos en materia de propiedad intelectual y los conflictos relativos a la protección de los derechos del consumidor, por citar solo un par de ejemplos. Por lo demás, pareciera que los procedimientos con audiencias (presenciales o virtuales) se han convertido en la regla y que los procedimientos sin audiencias constituyen, curiosamente, una excepción.

El presente artículo examina, muy brevemente, la idea de los procedimientos arbitrales sin audiencias en el arbitraje comercial internacional, particularmente desde la perspectiva de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, mejor conocida como la Convención de Nueva York; la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (enmendada en el 2006), y el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en el 2010).

Este artículo examina igualmente la cuestión de los procedimientos arbitrales sin audiencias desde la óptica de los reglamentos de algunas instituciones arbitrales, las directrices sobre procedimientos arbitrales de mera documentación del Chartered Institute of Arbitrators y las Reglas de Praga. Por último, el artículo intenta proporcionar algunos argumentos en pro de la utilización de este tipo de procedimientos y en contra del empleo indiscriminado de cualquier tipo de audiencias.

2. DE LAS AUDIENCIAS EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL (EN GENERAL)

En el arbitraje comercial internacional, la audiencia no es más que un acto de procedimiento en el cual el tribunal arbitral oye, en presencia de las partes, los argumentos a partir de los cuales cada una de ellas intenta justificar su pretensión, la cual podría tener un carácter principal (o de fondo) o incidental. Por lo general, las audiencias sirven también para evacuar tanto a los testigos como a los expertos. Ahora bien, el propósito de la audiencia, cuanto más que persuadir, es asistir a los miembros del tribunal arbitral.

Antes de la audiencia, el tribunal arbitral ha recibido un cúmulo (muchas veces intimidante) de escritos en los cuales se fundamenta la pretensión de ambas partes, sus medios de prueba, incluyendo los documentos contentivos de las declaraciones de los testigos (*witness statements*) y los expertos (*expert reports*) y, probablemente, unos informes que

le sirven de proemio a la audiencia (*skeleton arguments*). La audiencia permite, entre otras cosas, que el tribunal arbitral se familiarice con los documentos más relevantes.

Durante la audiencia, las partes tienen la oportunidad de presentar un resumen de sus argumentos en forma oral. Es allí cuando suele tener lugar la examinación (*examination-in-chief*), la repregunta (*cross-examination*) o la reexaminación (*re-examination*) de testigos y expertos. Desde luego que el tribunal arbitral tiene la potestad de realizar preguntas. Nótese que las partes podrían presentar sus conclusiones durante (*closing submissions*) o, dependiendo de las circunstancias, después de la audiencia (*post-hearing briefs*).

Las audiencias, por antonomasia, no son una figura que a la función arbitral le sea inherente; sino, antes bien, una cuestión de procedimiento que tiene por objeto facilitar la tarea del tribunal arbitral: decidir o laudar un asunto. El problema es que, en la práctica, la fijación de una audiencia pocas veces responde a un análisis exhaustivo de las razones que justifican su realización y que la flexibilidad de la función arbitral, de una otra forma, ha servido para legitimar esta situación.

Es decir, los instrumentos en los cuales se erige la función arbitral en materia comercial internacional han, en cierta medida, propiciado la celebración indiscriminada de audiencias, independientemente de cualquiera que fuera la cuantía o la complejidad del asunto. Para entender mejor este punto, sería recomendable comenzar por examinar las disposiciones contenidas en la Convención de Nueva York, la Ley Modelo y el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

2.1 La Convención de Nueva York

En alguna oportunidad, Annan (1999) señaló que la Convención de Nueva York era uno de los tratados más importantes en la historia de las Naciones Unidas. Hoy por hoy, dicho tratado ha sido ratificado por más de 160 Estados contratantes. Este persigue garantizar el reconocimiento y la ejecución: (1) de las cláusulas compromisorias y los compromisos arbitrales que suelen ser celebrados en el ámbito comercial internacional y (2) de las sentencias (o laudos) que fueran dictados en sede arbitral.

Dicha convención no contiene ninguna disposición atinente a la necesidad de celebrar una audiencia. No obstante, el artículo V(1)(e) de dicha convención claramente señala que los órganos jurisdiccionales de los Estados contratantes se podrían rehusar a reconocer o ejecutar un laudo arbitral cuando el procedimiento arbitral no se haya ajustado al acuerdo celebrado entre las partes, cuestión que podría muy bien incluir un acuerdo con respecto a la necesidad, el modo, el tiempo y el lugar de las audiencias.

La Convención de Nueva York no permite que los órganos jurisdiccionales de los Estados contratantes hagan distinciones entre laudos que han sido producto de un

procedimiento arbitral con audiencia y laudos que han sido producto de un procedimiento arbitral sin audiencia. La convención simplemente se limita a reconocer que los sujetos del conflicto están facultados para llegar a un acuerdo en cuanto al procedimiento arbitral, y el tema de las audiencias es, por excelencia, de abolengo procedimental.

Esto quiere decir que las partes tienen la libertad de decidir si es (o no es) menester celebrar una audiencia y que el tribunal arbitral se encuentra obligado a respetar cualquiera que fuera la decisión de las partes. Esta decisión, casi siempre, se toma en la fase inicial del procedimiento arbitral. La decisión generalmente queda recogida tanto en la primera orden de procedimiento (*procedural order No. 1*) como en el respectivo cronograma o calendario provisional de actividades (*procedural timetable*).

Born (2021) comenta que, cuando las partes han acordado solucionar sus conflictos a través de un arbitraje de mera documentación, los órganos jurisdiccionales han rechazado argumentos destinados a cuestionar la adecuación de esta clase de procedimientos. Born agrega que los órganos jurisdiccionales han llegado a conclusiones similares cuando las reglas del procedimiento arbitral permiten que sea el tribunal arbitral el que decida si vale la pena o no celebrar una audiencia.

En el caso número T 6238-10 (24 de febrero del 2012), por ejemplo, una corte de apelaciones de Suecia declaró improcedente una pretensión de anulación relacionada con un laudo en el cual un árbitro decidió denegar la solicitud de celebración de una audiencia que tenía como propósito presentar a un testigo, cuyas declaraciones ya constaban por escrito, a partir de que el reglamento aplicable señalaba que las audiencias solo serían celebradas si el árbitro consideraba que ello era imperativo.

2.2 El Trabajo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)

Si bien es cierto que la Convención de Nueva York podría ser calificada como la carta magna del arbitraje comercial internacional, también es cierto que la evolución de dicha disciplina se ha visto fuertemente influenciada por el trabajo de la CNUDMI, especialmente tanto por la Ley Modelo como por el Reglamento, los cuales se han convertido en otros de los pilares sobre los cuales reposa su estructura.

La Ley Modelo es una especie de ley prototipo que pretende servir como punto de referencia para todos aquellos países en los cuales se necesite promulgar un instrumento legislativo en materia de arbitraje comercial internacional. Los destinatarios de la Ley Modelo son los Estados y su objetivo principal es armonizar la legislación arbitral a lo largo de los distintos países del mundo para garantizar la existencia de un sistema que satisfaga las necesidades de la comunidad arbitral internacional.

El Reglamento es un instrumento que contiene una serie de normas destinadas, originalmente, a regular el desenvolvimiento de cualquier clase de procedimiento arbitral (comercial) internacional *ad hoc*, esto es, sin la intervención de una institución arbitral. Los destinatarios del Reglamento son tanto las partes como el tribunal arbitral. El Reglamento fue concebido como una opción frente a las reglas institucionales existentes, principalmente por cuestiones relacionadas con los costos del arbitraje institucional.

La Nota Explicativa de la Ley Modelo de la CNUDMI reconoce la importancia que desempeña “la autonomía de las partes para determinar las normas de procedimiento” (*party autonomy*). Dicha posición queda reflejada en el artículo 19(1) de la Ley Modelo, el cual reconoce que “las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones”. De allí que las partes podrían, por mutuo consentimiento, obligarse a celebrar (o a no celebrar) una audiencia.

La situación se torna un poco más compleja cuando las partes no logran llegar a un acuerdo acerca de si es necesario o no celebrar una audiencia o cuando solo una de las partes solicita su celebración. En estos casos, lo más razonable sería consultar tanto la ley de la sede del arbitraje como el reglamento aplicable al procedimiento arbitral. Por esta razón, sería útil darle un vistazo tanto a las disposiciones contenidas en la Ley Modelo como a las disposiciones contenidas en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

Los artículos 18, 19(2) y 24(1) de la Ley Modelo establecen lo siguiente:

Artículo 18. Trato equitativo de las partes

Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

Artículo 19. Determinación del procedimiento

...

(2) A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado ...

Artículo 24. Audiencias y actuaciones por escrito

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de pruebas o para alegatos orales, o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas. No obstante, a menos que las partes hubiesen convenido que no se celebrarían audiencias, el tribunal arbitral celebrará dichas audiencias en la fase apropiada de las actuaciones, a petición de una de las partes.

Del mismo modo, la Nota Explicativa de la Ley Modelo aclara que el artículo 24(1)

sólo se refiere al derecho general de una parte a que se celebren audiencias (como una opción a la sustanciación de las actuaciones sobre la base de documentos y demás pruebas) y no contempla aspectos procesales tales como la duración, el número o el momento de las audiencias.

Por otra parte, los artículos 17(1) y 17(3) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI disponen lo siguiente:

Artículo 17. Disposiciones generales

(1) Con sujeción a lo dispuesto en el presente Reglamento, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que en una etapa apropiada del procedimiento se dé a cada una de las partes una oportunidad razonable de hacer valer sus derechos. En el ejercicio de su discrecionalidad, el tribunal arbitral dirigirá las actuaciones con miras a evitar demoras y gastos innecesarios y a llegar a una solución justa y eficaz del litigio entre las partes.

...

(3) Si alguna parte lo solicita en una etapa apropiada del procedimiento, el tribunal arbitral celebrará audiencias para la presentación de las pruebas testificales o periciales, o para alegatos verbales. De no presentarse una solicitud al respecto, el tribunal arbitral será el que decida si deben celebrarse dichas audiencias o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de los documentos y de las pruebas que se presenten.

De lo anteriormente expuesto se colige que, cuando las partes no logran llegar a un acuerdo o cuando solo una de las partes solicita la celebración de una audiencia, el tribunal arbitral se encuentra ampliamente facultado para dictar una decisión acordando o denegando su celebración, aunque una interpretación literal del artículo 17(3) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI pareciera sugerir (a primera vista) que, en el último caso, el tribunal arbitral se encuentra obligado a celebrar una audiencia.

Tal interpretación es algo problemática, fundamentalmente porque el artículo 17(1) de dicho Reglamento estipula que el tribunal arbitral puede conducir el procedimiento arbitral “del modo que considere apropiado siempre que se trate a las partes con igualdad y que en una etapa apropiada [sic] del procedimiento se dé a cada una de las partes una oportunidad razonable de hacer valer sus derechos”; asimismo, que dicho tribunal está facultado para dirigir “las actuaciones con miras a evitar demoras y gastos innecesarios”.

O sea, dicha interpretación traería como resultado una antinomia entre el artículo 17(1) —el cual tiene su equivalente en el artículo 24(1) de la Ley Modelo— y el artículo 17(3) del Reglamento, puesto que el tribunal arbitral no podría razonablemente gozar de discreción para dirigir “las actuaciones con miras a evitar demoras y gastos innecesarios” y, por otra parte, verse obligado a acordar una audiencia, a petición de una sola de las partes, pasando por alto cuáles serían los efectos consecuenciales de su celebración.

En *O’Donoghue vs. Enterprise Inns Plc* [2008] EWHC 2273 (Ch), por ejemplo, una corte inglesa se pronunció en contra de una pretensión de anulación de un laudo en el cual el tribunal arbitral decidió no celebrar una audiencia para que se repreguntase a uno

de los testigos. En su decisión, el tribunal decidió que las partes ya habían presentado suficientes documentos, que el solicitante de la audiencia no había logrado demostrar el porqué de su realización y que, por razones de tiempo y dinero, no se justificaba una audiencia.

Así que, a falta de convenio entre las partes, se podría decir abiertamente que tanto la Ley Modelo como el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI permiten que un tribunal arbitral se pronuncie con respecto al mérito del asunto controvertido o, según el caso, acerca de una cuestión incidental, prescindiendo de la celebración de una audiencia con el fin de evitar dilaciones y gastos innecesarios, siempre y cuando dicho tribunal cuente con los documentos que le permitan zanjar el asunto.

Por otro lado, se podría decir igualmente que a tenor de lo establecido en el artículo 18 de la Ley Modelo, en concordancia con lo que señala el artículo 17(1) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, la Comisión de las Naciones Unidas le ha dado primacía a la idea de que el tribunal arbitral debe darle a cada una de las partes la oportunidad de hacer valer sus derechos y que dicha oportunidad puede, pero no inexorablemente debe, acarrear la celebración de una audiencia.

Otra de las cuestiones que habría que resaltar es que, en el sistema de la CNUDMI, el derecho a la audiencia, independientemente de cualquiera que fuere su origen (es decir, el acuerdo de las partes o una decisión del tribunal arbitral) no es un derecho inalienable. De ahí que el artículo 25(c) de la Ley Modelo y el artículo 30(2) del Reglamento permitan que el tribunal arbitral continúe con el procedimiento arbitral en aquellos casos en los cuales una las partes se abstiene de comparecer en la audiencia.

Desde luego que, en la mayoría de los casos, es la parte demandada quien deja de comparecer en la audiencia, a consecuencia de lo cual la parte demandante podría ejercer su derecho a obtener un laudo en rebeldía. Esto no quiere que el demandante tiene derecho a obtener un laudo a su favor (dado que en el sistema de la CNUDMI no existe la figura de la *ficta confessio*), sino que la no comparecencia del demandado no representa un obstáculo para la continuación del procedimiento arbitral.

La pérdida del derecho a la audiencia podría también ser invocada con fundamento en lo establecido en los artículos 4 de la Ley Modelo y 32 del Reglamento. En la Sentencia número 659, Germany/Oberlandesgericht Naumburg: 10 Sch 8/01 (21 de febrero de 1990), una corte alemana se pronunció a favor de la ejecución de un laudo en el cual el tribunal arbitral había decidido continuar el procedimiento conforme a los documentos existentes, tomando en cuenta que el demandado no se opuso a ello durante el lapso correspondiente.

Ese caso es de sumo interés, entre otros aspectos, porque la corte llegó incluso a decir que la negación de una audiencia no constituía una violación del derecho a ser oído.

La corte señaló también que el principio de la oralidad al cual se refería el artículo 128 del ZPO no era del todo aplicable a un procedimiento arbitral. La corte declaró, a su vez, que una sola de las partes no podía unilateralmente imponer el modo en el cual era ejercido el derecho la defensa (en forma oral, en lugar de por escrito).

2.3 A propósito de los reglamentos institucionales

Luego de haber analizado el Reglamento de Arbitraje la CNUDMI, corresponde ahora conocer qué sucede en el marco del arbitraje institucional. De antemano, puede afirmarse que las instituciones arbitrales han sido conniventes al tolerar el uso irrestricto de audiencias. A continuación, se plantea, muy superficialmente, cuál ha sido la posición adoptada por algunas de ellas, a saber: (1) la Cámara de Comercio Internacional (CCI), (2) la London Court of International Arbitration (LCIA), (3) el Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC), (4) el Singapore International Arbitration Centre (SIAC) y (5) la China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC), específicamente de acuerdo con lo previsto en sus reglamentos.

El artículo 25(5) del Reglamento de Arbitraje de la CCI (2021) señala que el tribunal arbitral podría decidir el asunto únicamente con base en los documentos presentados por las partes, salvo que cualquiera de ellas solicite una audiencia (*the arbitral tribunal may decide the case solely on the documents submitted by the parties unless any of the parties requests a hearing*). De modo que, en el caso de un arbitraje ante la CCI, la celebración de una audiencia podría llevarse a cabo a petición de solo una de las partes.

El artículo 19(1) del Reglamento de Arbitraje de la LCIA (2020) impone una traba adicional al disponer, entre otras cosas, que para que un tribunal arbitral pueda conducir un procedimiento arbitral conforme a los documentos existentes se necesita que las partes hayan suscrito un acuerdo a tal efecto (*the Arbitral Tribunal may itself decide that a hearing should be held at any stage, unless the parties have agreed in writing upon a documents-only arbitration*).

El artículo 22(4) del Reglamento de Arbitraje del HKIAC (2018), al igual que el Reglamento de Arbitraje de la CCI, pareciera también dejar en manos de solo una de las partes la decisión concerniente a si se debe o no celebrar una audiencia al estipular que el tribunal arbitral tiene la obligación de celebrar una audiencia, en la fase más apropiada del procedimiento arbitral, si una de las partes lo solicita (*the arbitral tribunal shall hold [a hearing] at an appropriate stage of the arbitration, if so requested by a party*).

Algo muy similar establece la regla 24(1) del Reglamento de Arbitraje del SIAC (2016), en donde se deja claro que, a no ser que las partes hayan acordado un arbitraje de mera documentación, el tribunal arbitral se encuentra obligado a celebrar una audiencia cuando cualquiera de las partes lo solicite (*unless the parties have agreed on*

a documents-only arbitration or as otherwise provided in these Rules, the Tribunal shall, if either party so requests or the Tribunal so decides, hold a hearing).

Finalmente, el artículo 35(2) del Reglamento de Arbitraje de la CIETAC (2015) indica que el tribunal arbitral podría examinar el asunto con fundamento en los documentos existentes solo si las partes están de acuerdo o si el tribunal arbitral considera que no es necesario celebrar una audiencia y las partes así lo confirman (*the arbitral tribunal may examine the case on the basis of documents only if the parties so agree ... or the arbitral tribunal deems that oral hearings are unnecessary and the parties so agree*).

Se habrá notado que en todos y cada uno de esos reglamentos no se hace más que propiciar, inopinadamente, la celebración de una audiencia. A decir verdad, no se justifica que los sujetos del conflicto tengan que sufragar los gastos asociados con los preparativos, la realización y los actos posteriores a la celebración de una audiencia que, posiblemente, no era del todo necesaria y que, inevitablemente, suele repercutir sobre el patrimonio de quienes desean solucionar sus conflictos en sede arbitral.

2.4 Arbitrajes de mera documentación y procedimientos sumarios

Los arbitrajes de mera documentación no pueden ser confundidos con los procedimientos sumarios (*expedited proceedings*). La figura de los procedimientos sumarios (o abreviados) generalmente queda reservada para solucionar asuntos de menor cuantía. Verbigracia, la CCI ofrece un procedimiento sumario para solucionar asuntos que no excedan de dos a tres millones de dólares. Dicho procedimiento permite, pero no exige, que el tribunal decida el asunto con base en los documentos que forman parte del expediente.

Caso distinto es el procedimiento abreviado de la SCC, la cual podría ser considerada como una de las pioneras en esta materia. El artículo 33(1) del Reglamento de Arbitrajes Simplificados de la SCC (2017) dispone que "las audiencias se celebrarán solamente a solicitud de parte siempre que el Árbitro considere imperativas las razones esgrimidas en la solicitud". Obsérvese que, en este caso, la celebración de una audiencia se encuentra supeditada a un examen de las razones en las cuales se fundamenta la respectiva solicitud.

El último de los ejemplos que conviene citar es el procedimiento abreviado de la ICDR, el cual ha sido configurado de forma que, cuando la demanda o la reconvencción no excedan de cien mil dólares, el asunto debe ser resuelto a través de arbitraje de mera documentación, a menos que el tribunal arbitral considere que es necesario celebrar una audiencia. Así es que los procedimientos sumarios, en general, podrían o no culminar adquiriendo la forma de un arbitraje de mera documentación.

3. AUDIENCIAS PRESENCIALES, AUDIENCIAS VIRTUALES Y PROCEDIMIENTOS SIN AUDIENCIAS

Inicialmente se comentaba que el COVID-19 fue el causante de una significativa transición que terminaría por estimular el reemplazo de audiencias presenciales por audiencias virtuales, lo cual representa un gran paso hacia la tecnologización del arbitraje comercial internacional. Dicha transición se debe, en gran parte, a una iniciativa que fue mayormente impulsada por varias instituciones arbitrales con el propósito de lidiar con la inminente paralización de los asuntos pendientes.

En efecto, el 16 de abril del 2020 doce instituciones arbitrales, incluyendo las más conocidas, como (1) la CCI, (2) la LCIA, (3) el HKIAC, (4) el SIAC y (5) la SCC, emitieron un comunicado conjunto con el fin de invitar a las partes y a los tribunales arbitrales a discutir el impacto del COVID-19 y las diversas formas a través de las cuales se podría llegar a mitigar sus efectos en los casos pendientes, especialmente mediante la figura del manejo efectivo de asuntos (*effective case management*).

La noción de manejo efectivo de asuntos se refiere a la idea de tomar decisiones que sirvan para conducir el procedimiento arbitral de tal forma que se pueda, en la medida de lo posible, claro está, ahorrar tiempo y evitar gastos innecesarios. La CCI, por ejemplo, ha venido desarrollando esta idea desde hace varios años. El fruto de su labor quedó plasmado en una guía que abarca desde la solicitud de arbitraje hasta las actuaciones posteriores a la celebración de la audiencia con respecto al fondo del asunto controvertido.

Se trata de la guía para la conducción eficaz del arbitraje, cuya última actualización tuvo lugar en marzo del 2018, mucho antes del COVID-19. Allí se indica expresamente que “aunque es preferible celebrar audiencias en presencia física de los árbitros, de las partes y de los testigos, la cantidad de tiempo y viáticos en que se incurrirá para ciertos testigos podría ser evitada mediante el uso de videoconferencias”. De manera que eso de oír a las partes mediante una red de telecomunicaciones no es nada nuevo.

Al abordar el tema de las audiencias, la guía de la CCI reconoce que “llevar a cabo audiencias es costoso” y, al mismo tiempo, plantea la posibilidad de “no celebrar audiencia alguna y decidir el caso únicamente basándose en los documentos presentados por las partes”. Sin embargo, dicha posibilidad se encuentra sujeta a lo establecido en el artículo 25(5) del Reglamento, el cual, como se dijo anteriormente, exige que el tribunal arbitral realice una audiencia a petición de cualquiera de las partes.

La guía de la CCI incluye también un listado de algunos de los factores que podrían llegar a influir al momento de “decidir si se solicita o se acuerda la celebración de una audiencia”. Verbigracia, si se trata de “cuestiones de interpretación contractual que no requieren ninguna declaración testifical; [si] el caso versa, exclusivamente, sobre una

cuestión de derecho; [si] ningún demandado está participando; [si] es una controversia de cuantía menor; [si] es necesario contar con una resolución rápida”.

De forma que la noción de manejo efectivo de asuntos pareciera connotar una estrecha relación entre los procedimientos sin audiencias, las audiencias virtuales y las audiencias presenciales, de suerte que tanto las partes como el tribunal arbitral deberían en todo momento explorar: (1) si es estrictamente necesario celebrar una audiencia y, de ser así, (2) si la audiencia se podría llevar a cabo en forma virtual y, únicamente cuando el asunto lo amerite, (3) celebrar una audiencia presencial.

4. LAS DIRECTRICES SOBRE PROCEDIMIENTOS ARBITRALES DE MERA DOCUMENTACIÓN

En el arbitraje comercial internacional, las directrices no son más que un grupo más o menos estructurado de reglas que persiguen dar a conocer lo que tiende a ocurrir en la práctica. La fuerza normativa de una directriz va a depender, ineludiblemente, de la decisión de quienes pretenden servirse de ella. En agosto del 2016, el Chartered Institute of Arbitrators publicó una directriz sobre procedimientos arbitrales de mera documentación (*guideline on documents-only arbitration procedures*).

El presente artículo no tiene por objeto efectuar un estudio pormenorizado de tales directrices y, por lo tanto, no sería pertinente escudriñar su contenido con minuciosidad. En términos muy generales, se podría decir que dicha directriz promete suministrar información sobre: (1) los factores que deben ser tomados en consideración al momento de determinar si merece la pena o no conducir un arbitraje de mera documentación y (2) cómo se lleva a cabo la conducción de este tipo de procedimientos.

La directriz es bastante sucinta. Ella contiene solo tres artículos. A pesar de su corta extensión, la directriz se halla impregnada de varios consejos prácticos que podrían llegar a ser de gran utilidad. La directriz llega incluso a corroborar que, si bien es cierto que los arbitrajes de mera documentación podrían servir para evitar las dilaciones y los gastos que comúnmente se generan a causa de la celebración de una audiencia, también es cierto que, en el contexto comercial internacional, tales arbitrajes no son muy frecuentes.

5. LAS REGLAS DE PRAGA

Las Reglas Sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (Reglas de Praga) “pretenden proporcionar a los tribunales arbitrales y a las partes unas pautas o sugerencias para incrementar la eficiencia del arbitraje, potenciando un papel más activo de los tribunales arbitrales en la tramitación de los procedimientos”. Las Reglas de Praga pueden ser adoptadas “como un documento vinculante o como directrices para todo o parte del procedimiento” (Prague Rules, 2018).

El artículo 8(1) de las Reglas de Praga dispone que “con la finalidad de promover la eficiencia y siempre que resulte adecuado para un asunto concreto, el tribunal arbitral y las partes deberán intentar resolver la controversia sobre la base de los documentos remitidos a las actuaciones”. Repárese en que dicha disposición pareciera obligar tanto al tribunal arbitral como a las partes a procurar solucionar el asunto mediante un procedimiento arbitral de mera documentación.

Esa disposición pareciera sugerir igualmente que el tema de la necesidad de una audiencia debe ser objeto de discusión a los fines de conocer cuáles son los factores que obran a favor o en contra de su realización. De lo contrario, sería imposible ponderar si se justifica o no la celebración de una o más audiencias. En todo caso, se cree que dicha disposición es digna de emulación y, sobre todo, que ha llegado el momento de repensar el rol que podrían llegar a desempeñar los procedimientos sin audiencia en sede arbitral.

6. DISCUSIÓN

En el arbitraje comercial internacional, pareciera existir un marcado rechazo, o quizá una especie de temor, hacia a los procedimientos arbitrales sin audiencias. La mayoría de los abogados que participan en un procedimiento arbitral parecieran presumir (sin razonamiento alguno) que, por lo general, es necesario celebrar una audiencia. Sin embargo, Waincymer (2012) tiene toda la razón al advertir que no existe una presunción a favor de su celebración.

Investigaciones realizadas por el Chartered Institute of Arbitrators de Londres demuestran que, en los procedimientos arbitrales, el 28 % de los costos suelen estar asociados con la celebración de una audiencia y los preparativos correspondientes. Esto sugiere que, si los costos del procedimiento arbitral han sido estimados en EUR 500 000, por ejemplo, la sola celebración de la audiencia representaría unos EUR 140 000, excluyendo los gastos relacionados con el arrendamiento del salón en el cual se verifica la audiencia.

En esa misma investigación, se concluye igualmente que, dependiendo de la naturaleza del conflicto, la duración promedio de un procedimiento arbitral oscila entre diecisiete y veinte meses. Los resultados de tal investigación coinciden con los de un estudio conducido por la LCIA unos años más tarde, en el cual se comentaba, entre otros asuntos, que la duración promedio de un procedimiento arbitral administrado por dicha institución es de dieciséis meses.

En vista de lo anterior, se podría decir entonces que la sola supresión de una audiencia podría servir no solamente para aminorar considerablemente los costos del procedimiento arbitral, sino además para reducir el número de actuaciones arbitrales con miras a expeditar la obtención de una decisión o laudo arbitral. De modo que, por

razones obvias, tiene sentido analizar hasta qué punto se justifica verdaderamente incorporar una audiencia en un procedimiento arbitral internacional.

En alguna oportunidad, Hodges (2012) decía que, en función de las diferencias que existen entre los sistemas jurídicos predominantes (el sistema del derecho continental y el sistema del *common law*), los arbitrajes de mera documentación podrían suscitar algunos inconvenientes, en tanto en cuanto los abogados del *common law* podrían estar en desventaja frente a los abogados del derecho continental. Sin embargo, esta posición es poco convincente.

En el sistema del *common law* se maneja muy bien la noción de abogacía escrita (*written advocacy*). Y eso no es todo. En los países del *common law*, se ha escrito no solamente sobre la abogacía escrita en general, sino además sobre la abogacía en materia de arbitraje comercial en particular. Por encima de todo, no se justifica que un cliente tenga que soportar los gastos relacionados con la celebración de una audiencia por cuestiones relacionadas con las (in)aptitudes de los abogados que intervienen en el asunto.

Tampoco se justifica que un cliente tenga que cubrir los gastos relativos a la realización de una audiencia cuando el tribunal arbitral se encuentre en capacidad de tomar una decisión con arreglo a la documentación suministrada. Desafortunadamente, todo parece indicar que la sola naturaleza del arbitraje comercial internacional permite que el solo acuerdo de las partes sea esgrimido como pretexto para celebrar una audiencia que, en muchos casos, termina siendo completamente fútil.

7. CONCLUSIONES

Las observaciones que anteceden no son un llamado a la abolición de las audiencias en sede arbitral, sino a la reflexión con respecto al tema de la necesidad de su celebración. La supresión de las audiencias tampoco puede ser vista como un fin último y, mucho menos, como una panacea dirigida a combatir las vicisitudes relacionadas con los costos y las demoras resultantes de un procedimiento arbitral, sino simplemente como una de las medidas tendientes a garantizar la eficacia del procedimiento en cuestión.

Sería irresponsable seguir asumiendo que en todo procedimiento arbitral es necesario convocar una audiencia. Por lo pronto, sería difícil preparar un listado de soluciones concretas. La solución podría estar en la implementación de un programa piloto, patrocinado por una o más instituciones arbitrales, que sirva para recolectar datos estadísticos con los cuales se pueda, efectivamente, determinar cuáles son los asuntos que más se adecúan para poner en marcha un arbitraje de mera documentación.

Solo así se podría entonces, en primer lugar, elaborar un catálogo de argumentos sustentables a favor y en contra de la celebración de una audiencia; en segundo lugar, iniciar una discusión de alto nivel que sirva para examinar, suficientemente, los datos

recolectados, y finalmente adoptar cualesquiera que fueran las medidas pertinentes con el propósito de garantizar que los usuarios del arbitraje comercial internacional logren beneficiarse de las potenciales ventajas del arbitraje de mera documentación.

REFERENCIAS

- Annan, K. (1999). The 1958 New York Convention as a model for subsequent legislative texts on arbitration. *Arbitration International*, 15(3).
- Born, G. B. (2021). *International commercial arbitration* (3.ª ed., vol. 3). Kluwer Law International.
- Chartered Institute of Arbitrators. (2011). *CI Arb costs of international arbitration survey*. CI Arb.
- Chartered Institute of Arbitrators. (2016). *Documents-only arbitration procedures*. CI Arb.
- China International Economic and Trade Arbitration Commission Arbitration Rules. (2015). *CIETAC arbitration rules*. www.cietac.org
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2011). *Reglamento de arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010)*. Naciones Unidas.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2018). *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006*. Naciones Unidas.
- Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958. Artículo V(1)(e). (1958, 10 de junio).
- Hodges, P. (2012). Drive for efficiency and the risks for procedural neutrality — Another tale of the hare and the tortoise? *Dispute Resolution International*, (6).
- Hong Kong International Arbitration Centre. (2018). *HKIAC administered arbitration rules*. www.hkiac.org
- International Chamber of Commerce. (2018). *Conducción eficaz del arbitraje: una guía para abogados internos y para otros representantes de las partes*. Imprimerie Port Royal.
- International Chamber of Commerce. (2021). *ICC arbitration rules*. <http://www.iccwbo.org/>
- London Court of International Arbitration. (2015). *LCIA releases costs and duration data*. <https://www.lcia.org/LCIA/reports.aspx>
- London Court of International Arbitration. (2020). *LCIA arbitration rules*. www.lcia.org
- Prague Rules. (2018). *Reglas sobre la tramitación eficiente de los procedimientos en el arbitraje*. www.praguerules.com

- Queen Mary University of London y White & Case. (2021). *International arbitration survey: adapting arbitration to a changing world*. <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/>
- Sentencia [2008] EWHC 2273 (Ch). (2008, 29 de septiembre). Corte de Inglaterra y Gales (EWHC).
- Sentencia 659. (1990, 21 de febrero). Corte de Alemania (Oberlandesgericht Naumburg).
- Sentencia T 6238-10. (2012, 24 de febrero). Corte de Apelaciones de Suecia (Svea Court of Appeal).
- Singapore International Arbitration Centre. (2016). *SIAC rules*. www.siac.org.sg
- Stockholm Chamber of Commerce. (2017). *Reglamento de arbitrajes simplificados de la SCC*. www.sccinstitute.com
- Waincymer, J. M. (2012). *Procedure and evidence in international arbitration*. Kluwer Law International.
- World Health Organization. (s. f.). *Timeline: WHO's COVID-19 response*. <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/interactive-timeline#!>

BIBLIOGRAFÍA

- Betancourt, J. C. (2016). *El contrato de arbitraje internacional*. Tirant lo Blanch.
- Betancourt, J. C. (2019). What are the arbitral tribunal's powers in default proceedings? *Journal of International Arbitration*, 36(4).
- Betancourt, J. C. (2021a). El impacto del COVID-19 sobre el arbitraje comercial internacional. En T. J. Aliste Santos & A. A. Garcia Júnior (Coords.), *Transformación del paradigma de justicia tras la pandemia COVID-19* (pp. 499-522). Atelier.
- Betancourt, J. C. (2021b). Some reflections on the impact of COVID-19 on international commercial arbitration. *American Review of International Arbitration*, 32(1).
- Betancourt, J. C., Hardy, T., Nesbitt, S., & Klaas, P. (2016). International arbitration guidelines: safe ports for arbitral storms. *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 82(2).
- Binder, P. (2019). *International commercial arbitration and mediation in UNCITRAL Model Law jurisdictions*. Kluwer Law International.
- Bishop, D., & Kehoe, E. G. (2010). *The art of advocacy in international arbitration*. Juris Publishing.
- Blackaby N., Partasides, C., Redfern, A., & Hunter, M. (2015). *Redfern and hunter on international arbitration*. Oxford University Press.

- British Broadcasting Corporation. (s. f.). *Covid map: coronavirus cases, deaths, vaccinations by country*. <https://www.bbc.co.uk/news/world-51235105>
- Collett, M. (2013). Maritime arbitration. En J. D. M. Lew, H. Bor, G. Fullelove & J. Greenaway, J. (Eds.), *Arbitration in England with chapters on Scotland and Ireland* (pp. 145-158). Kluwer Law International.
- Geisinger, E., & Tattevin, G. (2013). *Advocacy in international commercial arbitration*. Juris Publishing.
- Goodman, A. (2012). *Effective written advocacy. A guide for practitioners*. Wildy, Simmonds & Hill.
- Holtzmann, H. M., Neuhaus, J. E., Kristjánsdóttir, E., & Walsh, T. W. (2015). *A guide to the 2006 amendments to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International.
- International Centre for Dispute Resolution. (2014). *International dispute resolution procedures (including mediation and arbitration rules)*. https://www.adr.org/sites/default/files/ICDR_Rules.pdf
- Lévy, L., & Polkinghorne, M. (2017). *Expedited procedures in international arbitration, dossiers of the ICC Institute of World Business Law* (vol. 16). International Chamber of Commerce.
- Lew, J., Mistelis, L., & Kröll, S. (2003). *Comparative international commercial arbitration*. Kluwer Law International.
- Paulsson, J., & Petrochilos, G. (2017). *UNCITRAL arbitration*. Kluwer Law International.
- Scherer, M., Bassiri, N., & Abdel Wahab, M. S. (2020). *International arbitration and the COVID-19 revolution*. Kluwer Law International.
- United Nations Commission on International Trade Law. (2013). *A guide to UNCITRAL: basic facts about the United Nations Commission on International Trade Law*. United Nations.
- United Nations Commission on International Trade Law. (2016). *UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)*. United Nations.

NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL POR FALTA DE MOTIVACIÓN A PESAR DE HABERSE ESTIMADO LA SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN

ROLANDO MARTEL CHANG*
Universidad de Lima, Lima, Perú

Recibido: 19 de septiembre del 2021 / Aceptado: 20 de noviembre del 2021

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2022.n054.5940>

RESUMEN. Notificado el laudo arbitral, las partes tienen derecho a presentar algunas de las solicitudes que prevé el artículo 58 de la Ley de Arbitraje, a saber: rectificación, interpretación, integración y exclusión. En los casos en que hay problemas con la motivación del laudo (entre ellos, la falta o ausencia de motivación), la casuística judicial en materia de anulación de laudo arbitral señala que las partes suelen presentar la solicitud de interpretación o de integración. La misma ley, en su artículo 63.2, establece como condición para la procedencia del recurso de anulación que la solicitud presentada haya sido desestimada; *a contrario sensu*, si la solicitud ha sido estimada no procede que se presente dicho recurso de anulación, lo que resulta lógico porque se supone que el defecto ha sido superado por el propio tribunal arbitral. Pero ¿qué sucede si la falta de motivación en el laudo subsiste a pesar de haberse estimado la solicitud de interpretación? ¿Acaso allí no procedería el recurso de anulación por la literalidad de la regla jurídica prevista en el artículo 63.2 de la Ley de Arbitraje? Este trabajo aborda tales interrogantes y presenta la solución que la casuística judicial ofrece sobre el particular.

PALABRAS CLAVE: laudo arbitral / motivación de laudo / solicitud de interpretación / resolución poslaudo / recurso de anulación de laudo

* Doctor en Derecho por la Universidad de San Martín de Porres. Profesor universitario en la Universidad de San Martín de Porres, en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima. Juez superior. Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima (2017-2018). Presidente de la Primera Sala Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. Autor de libros y artículos en materia procesal y arbitral. Conferencista en las mismas materias.

CHALLENGING ARBITRAL AWARDS FOR LACK OF MOTIVATION DESPITE UPHELD INTERPRETATION REQUESTS

ABSTRACT. Once the arbitration award has been notified, the parties have the right to present the requests provided by article 58 of the Arbitration Law: rectification, interpretation, integration, and exclusion. In the case of problems with the motivation of the award (among them, the lack or absence of motivation), judicial casuistry of arbitration award annulment shows that parties usually request interpretation or integration. Article 63.2 of the Arbitration Law establishes the rejection of the submitted application as a condition for the admissibility of the annulment appeal. *A contrario sensu*, if the request has been upheld, it is not appropriate to present such an annulment appeal because it is assumed, logically, that the arbitral tribunal has overcome the defect. But what happens if the lack of motivation in the award persists despite the request for interpretation being upheld? Perhaps the appeal for annulment would not proceed due to the literal nature of the legal rule provided in Article 63.2 of the Arbitration Law? This work addresses these questions and presents the solution that judicial casuistry offers on the matter.

KEYWORDS: arbitration award / reasoning of arbitral awards / request for interpretation / post-award resolution / appeal for annulment of award

1. INTRODUCCIÓN

Según el derecho procesal, los conflictos de intereses pueden resolverse mediante los mecanismos de autotutela, autocomposición y heterocomposición. El arbitraje es uno de los mecanismos heterocompositivos de resolución de controversias. Allí se resuelven solamente pretensiones vinculadas a derechos disponibles. Así lo sostiene también Lorca Navarrete (2011, p.12). “Mediante el laudo arbitral se resuelven *materialmente* [énfasis añadido] las controversias *disponibles que se someten ... a arbitraje* [énfasis añadido]”. Quienes acuden a sede arbitral para resolver sus disputas jurídicas lo hacen con la idea —válida, por cierto— de obtener una decisión que ponga fin al debate, esto es, una decisión sobre el fondo del asunto. Tal decisión debe estar contenida en el laudo, que viene a ser entonces la decisión más importante en el arbitraje, en la medida en que contiene la manifestación de voluntad de quien decide sobre la pretensión o las pretensiones, esto es, la manifestación de voluntad del tribunal arbitral (unipersonal o colegiado):

El laudo es la decisión emanada de los árbitros que pone fin al litigio, resolviendo definitivamente el diferendo que las partes les habían sometido. Tiene el carácter de una verdadera sentencia, e impone a las partes una solución para las diferencias que los separaban, considerándose una auténtica resolución que los árbitros expiden como consecuencia de la autoridad o poder de juzgar que las partes les dieron. El laudo arbitral tiene idéntica eficacia jurídica que las sentencias judiciales, ejecutándose por los mismos medios y procedimientos. (Caivano, 2005, p. 6)

Lo que seguramente no esperan las partes que litigan en sede arbitral es que dicho laudo tenga vicios que terminen afectando su validez. Nuestra Ley de Arbitraje, en su artículo 63, contiene causales específicas de nulidad del laudo:

La acción de anulación [énfasis nuestro], por consiguiente, *sólo puede tener como objeto el análisis de los posibles errores procesales en que haya podido incurrir el proceso arbitral* [énfasis añadido], referidos al cumplimiento de las garantías fundamentales, *como lo son, por ejemplo* [énfasis nuestro], el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba, *o cuando el laudo carezca de motivación* [énfasis añadido], sea incongruente, infrinja normas legales imperativas o vulnere la intangibilidad de una resolución firme anterior. (Sentencia del Expediente 3956-2018, 2021, p. 18)

Entonces, el tribunal arbitral tiene una gran responsabilidad a la hora de emitir el laudo, que por regla general debe ser motivado, pues de lo contrario habilitará al recurso de anulación y, de ser este exitoso, deberá emitir un nuevo laudo, todo lo cual supone mayores costos para el arbitraje (en tiempo, gastos y esfuerzos), lo que no parece condonarse con su propia naturaleza.

2. LA MOTIVACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

Conforme a las reglas del artículo 56, inciso 1, de la Ley de Arbitraje, todo laudo debe ser motivado. Esta es la regla general. No obstante, según esas mismas reglas, por excepción no se motiva el laudo en dos supuestos:

- Cuando existe pacto distinto de las partes, entiéndase pacto de no motivación¹.
- Cuando la controversia concluye por transacción total o parcial, en cuyo caso, a solicitud de ambas partes, el tribunal, si no aprecia razón para oponerse, hace constar los acuerdos de las partes en forma de laudo en los términos acordados, sin necesidad de motivación alguna.

De ocurrir uno de estos dos supuestos de excepción, es claro que no cabe protestar vía anulación de laudo por la ausencia o falta de motivación del laudo, pues la propia regulación jurídica autoriza a que no haya motivación en tales supuestos. En verdad no se tienen noticias de que dichos supuestos de excepción realmente existan en casos concretos. Lo que sí se conoce por la casuística judicial es que el laudo debe ser motivado, tarea que tiene que ser cumplida por el tribunal arbitral.

Precisamente la posibilidad legal de emitirse laudos no motivados genera una gran diferencia entre ellos y las resoluciones judiciales (autos y sentencias), toda vez que estas últimas siempre deben ser motivadas, tal como lo consagra el artículo 139, inciso 5, de la Constitución². No tiene cabida entre nosotros una resolución judicial (auto o sentencia) no motivada dentro de un proceso judicial, salvo que se trate de un decreto.

Esta diferencia entre laudo y resolución judicial también ha sido abordada en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional de España del 15 de febrero del 2021, en que claramente se concluye que el deber de motivación de las resoluciones judiciales es una exigencia inherente al derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva, al formar parte de su contenido esencial, en tanto en cuanto el deber de motivación del laudo es una exigencia de configuración legal, prescindible a criterio del legislador. La cita que sustenta lo anotado es la siguiente:

1 “Todo laudo debe ser motivado, a menos que las partes hayan convenido algo distinto [énfasis añadido] ... Ello significa que las partes pueden pactar un laudo sin motivación” (Soto Coaguila & Bullard González, 2011, p. 613).

2 “Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia
Son principios y derechos de la función 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”.

Aunque es obvio que, desde la perspectiva constitucional, la semejanza entre las resoluciones judiciales y los laudos arbitrales no es desde luego absoluta, ello no significa que cuando hablamos del deber de motivación de unas y otras no se pueda enjuiciar su cumplimiento con parecido canon de control. Decimos que el deber de motivación no posee la misma naturaleza en ambos tipos de resolución, porque tratándose de resoluciones judiciales es una exigencia inherente al derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24 CE. Sin embargo, para las resoluciones arbitrales, dicha obligación aparece recogida en el art. 37.4 LA, siempre con la salvedad de que las partes, además, no hayan alcanzado un pacto sobre los términos en que deba pronunciarse el laudo. En las primeras, la motivación forma parte del contenido del derecho fundamental citado. En las segundas es un requisito de exclusiva configuración legal, por lo que resulta indudable que podría ser prescindible a instancias del legislador. Puede que la confusión que este Tribunal viene observando en algunas sentencias, como la que ahora se ha recurrido en amparo, haya sido originada por la utilización en nuestros primeros pronunciamientos (SSTC 15/1989, de 26 de enero; 62/1991, de 22 de marzo; 288/1993, de 4 de octubre; 1741/1995, de 23 de noviembre; y 176/1996, de 11 de noviembre) —y luego reiterada en posteriores— de la expresión “equivalente jurisdiccional” para referirnos al arbitraje. Si esa fuera la causa, es necesario aclarar desde este momento que tal equivalencia hace referencia especialmente al efecto de cosa juzgada que se produce en ambos tipos de procesos, jurisdiccional y arbitral. (Sentencia del Expediente 3956-2018, 2021, p. 20)

En el caso peruano es sabido que la Constitución en su artículo 139, inciso 1, consagra la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, a excepción de la militar y la arbitral³. Y a partir de dicha consideración se ha llegado a sostener que el arbitraje es jurisdicción. Es verdad que existe debate respecto a la naturaleza jurídica del arbitraje⁴. Entre nosotros, el Tribunal Constitucional considera al arbitraje como jurisdicción. Así se lee, por

3 “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”.

4 “¿Qué es entonces el arbitraje? Un mecanismo de justicia privada donde el conflicto se resuelve o se evita a través de la decisión de un tercero, elegido directa o indirectamente por las partes, que además de ser vinculante para estas es susceptible de ser ejecutado con el auxilio de los órganos jurisdiccionales del Estado. Es verdad que, en un esfuerzo por superar el problema mencionado, no faltan quienes denominan al arbitraje como un ‘equivalente’ de jurisdicción, una ‘cuasi jurisdicción’ o una jurisdicción en sentido ‘impropio’, para distinguirla de los órganos jurisdiccionales del Estado que la ejercen en sentido ‘propio’. 15. Lo mejor, sin embargo, es calificarla como un mecanismo de justicia privada para evitar confusiones que pueden desfigurar alguna de estas instituciones” (Bustamante Alarcón, 2013, p. 394).

“El objetivo que se alcanza mediante el laudo arbitral es negocial ya que su justificación es ... exclusivamente negocial. Su propuesta no es jurisdiccionalista o el producto de la equivalencia jurisdiccional, pues la eficacia de su firmeza no es jurisdiccional. Es negocial ya que el laudo arbitral se cumple y obliga porque negocialmente así lo desearon las partes ... En consecuencia, el laudo no es, en razón de su origen, una resolución jurisdiccional” (Lorca Navarrete, 2011, p. 13).

ejemplo, en el precedente del caso María Julia (Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente 00142-2011-PA/TC, 2011), fundamento 12:

Como ya ha señalado este Tribunal, *la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje* [énfasis añadido], 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* [énfasis añadido], no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso. (STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 9)

El tema que ocupa este trabajo es la ausencia o falta de motivación en el laudo arbitral. Así pues, sea que se adhiera a la idea de la jurisprudencia española o a la del Tribunal Constitucional del Perú, la ausencia o falta de motivación del laudo sí da lugar a su nulidad. En efecto, siguiendo la idea de la jurisprudencia española antes citada, la ausencia o falta de motivación vulnera la regla fijada en la ley que establece el deber de motivación del laudo (como sucede con el artículo 56.1 de la Ley de Arbitraje), y siguiendo el criterio del Tribunal Constitucional peruano la ausencia o falta de motivación también produce el mismo vicio, pues en cuanto jurisdicción el arbitraje debe observar todas las garantías del derecho al debido proceso, entre ellas, la motivación.

Sobre la motivación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008) señala que constituye un deber y que está incluida dentro de las garantías del debido proceso, a saber:

77. La Corte ha señalado que la motivación “es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática.

78. El Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso.

La motivación de las resoluciones judiciales implica que toda decisión expresada en el fallo o la resolución debe ser consecuencia de una deducción razonada de los hechos del caso, las pruebas aportadas y su valoración jurídica. Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional en reiterada doctrina, como la contenida en el Expediente 6712-2005-HC/TC, en que ha señalado lo siguiente:

10. *Según el artículo 139°, inciso 5, de la Constitución, toda resolución que emita una instancia jurisdiccional [énfasis añadido] (mandato que no se restringe a los órganos del Poder Judicial, sino también a toda entidad que resuelva conflictos, incluido el Tribunal Constitucional) debe estar debidamente motivada [énfasis añadido]. Ello significa que debe quedar plenamente establecida a través de sus considerandos, la ratio decidendi por la que se llega a tal o cual conclusión [énfasis añadido]. Pero una resolución [énfasis añadido], como la que se observa en el proceso constitucional que se está resolviendo, en que no se precisan los hechos, el derecho y la conducta responsable, ni tampoco se encuentra razón o explicación alguna del por qué se ha resuelto de tal o cual manera no respeta las garantías de la tutela procesal efectiva. La debida motivación debe estar presente en toda resolución que se emita en un proceso [énfasis añadido]. Este derecho implica que cualquier decisión cuente con un razonamiento que no sea aparente o defectuoso, sino que exponga de manera clara, lógica y jurídica los fundamentos de hecho y de derecho que la justifican, de manera tal que los destinatarios, a partir de conocer las razones por las cuales se decidió en un sentido o en otro, estén en la aptitud de realizar los actos necesarios para la defensa de su derecho. El derecho a la motivación es un presupuesto fundamental para el adecuado y constitucional ejercicio del derecho a la tutela procesal efectiva.*

Además de considerarla como principio y garantía de la administración de justicia, este Colegiado ha desarrollado su contenido en la sentencia recaída en el Expediente N.º 1230-2002-HC/TC, donde se precisó que lo garantizado por el derecho es que la decisión expresada en el fallo o resolución sea consecuencia de una deducción razonada de los hechos del caso, las pruebas aportadas y su valoración jurídica. Además [énfasis añadido], en la sentencia recaída en los Expedientes N.º 0791-2002-HC/TC y N.º 1091-2002-HC/TC, se afirmó, entre otras cosas, que la motivación debe ser tanto suficiente [énfasis añadido] (debe expresar por sí misma las condiciones que sirven para dictarla y mantenerla) como razonada [énfasis añadido] (debe observar la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los factores que justifiquen la adopción de esta medida cautelar). (Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente 6712-2005-HC/TC, 2005)

La doctrina de la Corte Interamericana y del Tribunal Constitucional orienta la tarea de motivación de quienes ejercen jurisdicción. Su incumplimiento podría generar un laudo no motivado. En esa línea, el Tribunal Constitucional, en la sentencia dictada en el Expediente 00728-2008-HC/TC, fundamento 7, fijó supuestos distintos que delimitan el contenido esencial del derecho a la motivación, entre ellos, el siguiente:

a) *Inexistencia de motivación o motivación aparente*. Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico. (Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente 00728-2008-HC/TC, 2008)

La casuística judicial referida a la ausencia o falta de motivación guarda sintonía con los supuestos antes anotados, esto es, con la inexistencia de motivación o motivación aparente. Justamente los casos que se mencionan en este trabajo dan cuenta de la situación problemática que se aborda en él y de tales vicios de motivación.

3. LA SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN O DE INTEGRACIÓN DEL LAUDO POR AUSENCIA O FALTA DE MOTIVACIÓN: ¿PUEDE PRESCINDIRSE DE ELLA PARA PRESENTAR EL RECURSO DE ANULACIÓN?

Una vez emitido y notificado el laudo, las partes tienen expedito su derecho para presentar alguna de las solicitudes previstas en el artículo 58 de la Ley de Arbitraje, esto es, la solicitud de rectificación o de interpretación o de integración o de exclusión.

Tratándose de problemas en la motivación del laudo, que incluyen la ausencia o falta de motivación, la casuística informa que las partes suelen presentar en sede arbitral la solicitud de interpretación o de integración⁵. Según las reglas del artículo 58.1.b) de la Ley de Arbitraje, la interpretación es para “solicitar la interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución”, mientras que de acuerdo con las reglas del artículo 58.1.c) de la misma ley la integración es por “haberse omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión del tribunal arbitral”.

La finalidad de las reglas jurídicas citadas ha dado lugar a preguntarse si, tratándose de la ausencia o falta de motivación del laudo, existe una solicitud adecuada en la Ley de Arbitraje para protestar por la ausencia o falta de motivación en sede arbitral. La jurisprudencia sostiene que no existe una solicitud idónea en la Ley de Arbitraje para efectuar la citada protesta, a saber:

La jurisprudencia nacional ha sido receptiva a tramitar recursos de anulación alegándose la vulneración del derecho a la motivación, tanto así que durante el último Pleno Jurisdiccional Regional Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, realizado el 30 de setiembre y 01 de octubre de 2016, se acordó por mayoría

5 Bullard González sostiene que debe presentarse la solicitud de integración (2011, p. 629).

que: “El recurso de anulación de laudo sustentado en alegación de vulneración del derecho a la debida motivación, no es improcedente por falta de reclamo expreso, por cuanto ninguno de los recursos taxativamente previsto por el artículo 58° de la Ley de Arbitraje es idóneo para corregir los vicios de motivación de laudo, resultando por ende inconducente cualquier reclamo sobre el particular en sede arbitral, no siendo exigible la interposición de cualquier otro recurso no previsto por la ley a la luz del inciso 7 del artículo 63 de la citada ley.

La judicatura entiende, entonces, tras dicho Pleno y por mayoría, que no es necesario acreditar el reclamo expreso ante el tribunal arbitral cuando nos encontremos ante la vulneración del derecho a la motivación del laudo para que proceda el recurso de anulación (Martel, 2018, p. 36).

De similar idea es Ricardo León Pastor (como se citó en Martel, 2018, pp. 37-38), quien sostiene lo siguiente:

Se ha alegado que tal defecto de motivación como causa de anulación puede ser derivado del inciso b del artículo 63 de la Ley, en la medida en que una de las partes no haya podido hacer valer sus derechos ante el tribunal arbitral. Otros sostienen que no es el inciso b, sino el inciso c del artículo 63, en la medida en que el defecto de motivación supone un incumplimiento de las reglas del proceso arbitral pactado entre las partes en un proceso ad hoc, o el incumplimiento del reglamento de arbitraje si estamos en un proceso administrado por un centro de arbitraje. Sea como fuere que obtengamos una interpretación para intentar anular el laudo, ninguno de los recursos para reclamar contra el mismo es efectivo, pues ninguno está diseñado para reclamar el defecto de motivación del laudo.

Acorde con esta línea jurisprudencial, en sede judicial se admiten y tramitan recursos de anulación de laudo sin haberse presentado solicitud alguna luego de notificado el laudo, lo que significa que puede prescindirse de ella sin que tal hecho afecte el derecho de la parte a buscar la revisión judicial del laudo. Por esta razón, en sede judicial no se tiene un rigor extremo a la hora de evaluar el cumplimiento del reclamo previo por problemas de motivación, sea mediante la solicitud de interpretación o de integración, pues la presentación de estas solicitudes mantiene vigente el derecho de la parte reclamante a pedir la nulidad del laudo. Lo que sí se observa por la judicatura es que la solicitud poslaudo comprenda la protesta que luego se trae a sede judicial en caso de no estimarse dicha solicitud. La razón para esta observación deriva de la regla del artículo 9 del Nuevo Código Procesal Constitucional⁶ (artículo 4 del Código Procesal Constitucional

6 Ley 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional:
“Artículo 9. Procedencia respecto de resoluciones judiciales
El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo”.

derogado), que exige a la parte perjudicada no consentir con el agravio que le produce alguna resolución que luego dice que le afecta. La consideración del artículo anotado es porque la motivación da cuenta de un derecho constitucional cuya afectación puede ser controlada también mediante el recurso de anulación. En tal sentido, si se presenta la solicitud poslaudo sin contener todos los argumentos que luego se presentan en el recurso de anulación, la parte reclamante ha consentido con el agravio que le produce el laudo en cuanto a las alegaciones no contenidas en la solicitud, las cuales entonces no deberán ser analizadas en sede judicial.

4. RESOLUCIÓN POSLAUDO ESTIMATORIA DE LA SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN POR MOTIVACIÓN: LA SOLUCIÓN JUDICIAL EN DOS CASOS CONCRETOS

4.1 Primer caso (Expediente 344-2019-0-1817-SP-CO-01)

Se trata de un proceso arbitral donde se ha dictado el laudo por tercera vez, el cual también ha sido anulado por falta de motivación a pesar de haberse estimado la solicitud de interpretación.

Las razones dadas por el órgano jurisdiccional para anular por tercera vez el laudo son las siguientes:

NOVENO: La sentencia judicial que anuló el laudo anterior (segundo laudo) dejó establecido que:

- En el tercer laudo el árbitro debe decidir “si la pericia le causa convicción o no le causa convicción o le causa convicción parcialmente, exponiendo para ello las explicaciones y/o justificaciones razonadas y consistentes”.
- El tercer laudo es el que ahora corre en autos.
- En el laudo sub litis se menciona esta idea de la citada sentencia (fdto. Octavo).
- En el texto del laudo contenido en la resolución N° 33 el árbitro indica que la pericia le causa convicción parcial, pero lo que no hace es explicar en forma razonada y consistente porqué arriba a esa convicción parcial, sin que obste en contrario que haya mencionado que la pericia fija los parámetros para fijar la utilidad perdida, pues no se precisan cuáles son esos parámetros.
- También en la resolución N° 33 el árbitro ha señalado para resolver el daño emergente que se basa “en las pruebas ofrecidas en la demanda y actuadas en el proceso sin tachas ni oposiciones por parte de la entidad”. También alude a una carta del contratista (sin especificar cuál es esa carta ni su contenido) y concluye que ha quedado acreditado en autos el daño emergente solicitado por S/ 1’383,290.00.

- Lo anterior demuestra que en la resolución N° 33 no se verifica la valoración probatoria que debe hacerse para efectos de adoptar una decisión. La valoración probatoria supone poner en práctica (por parte de quien va a resolver) el principio de unidad de la prueba o de valoración conjunta de los medios de prueba adquiridos para el proceso, para cuyo efecto deben darse las razones fácticas (hechos y pruebas) que sustentan la decisión. Así se desprende entre nosotros de las reglas del artículo 197 del texto procesal civil que recoge justamente dicho principio. No se puede resolver aludiendo en forma genérica a las pruebas ofrecidas en la demanda. Dicho principio exige concreción porque el proceso es concreción, y eso no se ha hecho en el laudo. Tampoco basta que se diga que tales medios de prueba no han sido objeto de tacha o de oposición por la parte contraria, pues aun así corresponde a la parte actora acreditar los hechos que según la ley sustantiva debe cumplir, lo que también es aplicable en materia de daños. Pero nada de esto se explica ni se verifica en el laudo contenido en la resolución N° 33. Al resolver una pretensión debe considerarse los hechos alegados y los medios de prueba que sustentan lo que se decide; esto falta en el laudo.
- De otro lado, se emitió la resolución arbitral N.º 36 en virtud de la solicitud de interpretación de la entidad. En ella el árbitro sostiene que ha tomado en cuenta todos los medios probatorios ofrecidos en la demanda, que el laudo tiene motivación detallada que da lugar a la indemnización por daños y perjuicios, pero sin perjuicio de ello indica que es amparable la solicitud de la entidad procediendo en el numeral 3.10 de esta resolución post laudo a reiterar que ha resuelto el daño emergente en base a las pruebas ofrecidas y actuadas de la demanda sin tacha ni oposición de la entidad. Luego en el numeral 3.11 cita una carta mencionada en el laudo de 12 de diciembre de 2014.
- Lo anterior revela y pone en evidencia que el laudo contenido en la resolución N° 33 no estaba motivado; de lo contrario no se hubiera admitido la protesta de la entidad en la resolución N° 36. Sin embargo, la resolución post laudo no salva la ausencia de motivación del laudo, pues se reitera en forma genérica que se ha resuelto en base a las pruebas ofrecidas y actuadas de la demanda sin tacha ni oposición de la entidad y se consigna una carta citada en un laudo anterior sin explicar la pertinencia de ella para definir la controversia, lo que significa entonces que pese al contenido de la resolución N° 36 los problemas de motivación que expone la entidad no han sido salvados.
- En relación al lucro cesante en la resolución post laudo el árbitro indica que el laudo cumple con lo exigido por la Segunda Sala Comercial, y pese a ello a continuación expone lo siguiente:

3.19. Sin perjuicio de lo expuesto y en atención a lo anterior, éste árbitro único considera atendible el pedido de la Entidad y precisa lo siguiente; en relación al lucro cesante este árbitro único resolvió que el porcentaje

considerado por el Contratista tiene un sustento parcial que lo ampare, considerando pertinente aplicar una utilidad del 12% en promedio, en lugar del 40% considerado en la pericia, lo que arroja como monto indemnizable por Lucro Cesante de S/. 500,000.00; no amparando este Arbitro Único el monto de S/. 1'612,376.83 reclamado por el Consorcio, pues la Pericia de parte, no brinda una certidumbre absoluta necesaria para poder definir el porcentaje de utilidad.

- 3.20. En ese sentido, arbitro encuentra convicción parcial en el informe pericial, puesto que considera que, si bien la pericia no brinda la certidumbre total respecto al porcentaje de utilidad; sin embargo, si fija los parámetros para llegar a determinar la utilidad perdida.
- 3.21. En ese sentido, de acuerdo a la pericia (no cuestionada por la Entidad) que genera convicción parcial, el árbitro estima aplicar un porcentaje anual del 18.0728 %, efectuando un cálculo medio entre el porcentaje de la rentabilidad bancaria del 15% vs el porcentaje de la inversión óptima anual que es el 25% teniendo como base imponible el monto de S/. 1'383,290.00, lo cual arroja un monto anual de S/. 250,000 soles que multiplicados por los dos años de rentabilidad perdida suman S/ 500.000 soles, monto que deberá pagar la Entidad al contratista por concepto de Lucro Cesante.
- 3.22. Además este árbitro acatando el mandato de la autoridad judicial que anulo el segundo Laudo y habiendo interpretado y valorado los actuados, las pruebas producidas en el proceso y la normativa de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento para establecer el lucro cesante que el contratista dejó de percibir llega a la convicción con la prueba ofrecida, admitida y no cuestionada por la Entidad y la pericia contable de parte ofrecida por el Contratista que le generó convicción parcialmente.
- 3.23. Por tales consideraciones se declara FUNDADA la solicitud de interpretación en relación al lucro cesante.
 - Como se puede verificar, en cuanto al lucro cesante en la resolución N° 36 el árbitro reafirma que la pericia le causa convicción parcial pero no da razones que expliquen esa convicción parcial. De este modo incumple las exigencias de la sentencia judicial que anuló el segundo laudo arbitral. Pero además, en el numeral 3.21 de esta resolución post laudo el árbitro hace un ejercicio matemático para explicar el monto del lucro cesante. Lo que no se explica es si ese ejercicio ha sido alegado por las partes en el proceso, su pertinencia para definir las pretensiones indemnizatorias del proceso arbitral y tampoco se da cuenta de la fuente jurídica para hacer dicho ejercicio.
 - La parte resolutive de la resolución N° 36 es la siguiente:

En base a los considerandos establecidos, este Arbitro Único, **RESUELVE:**

PRIMERO. - Declarar **FUNDADO** el pedido interpretación de Essalud en relación al punto décimo primero al décimo cuarto del laudo.

SEGUNDO. - Declarar **FUNDADO** el pedido de Essalud respecto a su recurso de interpretación del lucro cesante y daño emergente.

TERCERO. - La presente resolución forma parte del **LAUDO**, conforme a lo dispuesto en el artículo 58(2) de la Ley de Arbitraje.

CUARTO. - Dispóngase de la Secretaría Arbitral cumpla con remitir copia de la presente resolución al Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado (OSCE).

- Si bien la resolución N° 36 ha declarado fundado el pedido de interpretación de la entidad, de acuerdo a lo explicado en esta sentencia judicial, dicho amparo (y sus "precisiones") no ha implicado que esta resolución post laudo salve la falta de motivación que se encuentra en la resolución N° 33 (el tercer laudo), y es por ello que pese a que allí se menciona que se declara fundada la solicitud post laudo, en rigor se mantiene la ausencia de motivación en el laudo, conforme a las razones expuestas en esta resolución judicial. No obsta a esta conclusión la regla del artículo 63.2 de la Ley de Arbitraje, que solo opera cuando el amparo de la solicitud post laudo hace desaparecer la protesta de la parte perjudicada, lo que no se ha verificado en autos.
- En consecuencia, debe anularse el laudo sub litis por no cumplir con las exigencias del artículo 139 inciso 5 de la Constitución.

4.2 Segundo caso (Expediente 00386-2020-0-1817-SP-CO-01)

En este caso, las razones dadas por el órgano jurisdiccional para anular el laudo arbitral son las siguientes:

DÉCIMO: De lo anteriormente glosado se aprecia lo siguiente:

- El único punto controvertido del proceso arbitral es el siguiente⁷:
...
- 5. Que, con fecha 12 de noviembre de 2019, se realizó la Audiencia Única en la cual se explicó las reglas del presente arbitraje; asimismo, se fijaron los puntos controvertidos.
 - a. Determinar los días de incapacidad que le corresponde al señor Carlos Julio Paredes Ocaña, ocasionado por el accidente de tránsito ocurrido el 12 de julio de 2018.....

7 Numeral IV.5, inciso a), del laudo.

- Para resolver dicho punto controvertido en el laudo se señala lo siguiente:

Décimo.- Que, en el presente caso, se verifica que hay (02) exámenes médicos contradictorios, el del Instituto Nacional de Rehabilitación y el de la parte demandante.

Undécimo.- Que, asimismo, luego de una valoración conjunta de las pruebas, el Árbitro Único, se forma convicción del examen médico del Instituto Nacional de Rehabilitación, debido a que es una institución especializada en evaluar casos de accidentes conforme a la legislación vigente. Asimismo, es un tercero que no tiene vinculación con las partes.

Duodécimo.- Que, por todas estas razones, si genera convicción el examen del Instituto Nacional de Rehabilitación dado que se encuentra debidamente desarrollada la dolencia producto del accidente de tránsito y no el examen de parte presentado por la aseguradora La Positiva Seguros y Reaseguros.

Décimo Tercero.- Que, cabe precisar que, el presente proceso arbitral trata sobre determinar la cantidad que le correspondería a la parte demandada por el accidente sufrido con fecha 12 de julio de 2018 respecto de los días de incapacidad temporal.

Décimo Cuarto.- Que, habiendo el Árbitro Único ha determinado que corresponde tener en cuenta lo señalado por el Instituto Nacional de Rehabilitación considera pertinente señalar el pago de la prestación económica que corresponda, de acuerdo a la normatividad vigente del SOAT.

Décimo Quinto.- Que, en ese sentido, la remuneración mínima vital que se debe tener en cuenta para el pago de la prestación es la vigente al momento de efectuar dicho pago. En consecuencia, en el caso concreto, se deberá pagar los días de incapacidad temporal en función de la remuneración mínima vital vigente en la actualidad con respecto a los días que no se hubieren abonado. Si no hubiera realizado ningún pago por este concepto la actual remuneración mínima vital servirá para el pago de los días señalados: esto es de 156 días, siendo el tope una (01) U.I.T. de acuerdo a la normativa vigente. En este caso, por la incapacidad temporal de la demandada le correspondería un pago efectivo máximo de S/ 4, 300.00 (Cuatro mil trescientos con 00/100 soles).

- De lo anterior podemos advertir que los considerandos centrales del laudo para resolver el punto controvertido son los siguientes:
 - i) En el fundamento 10 se indica que existen dos dictámenes contradictorios, del Instituto Nacional de Rehabilitación y del demandante.
 - ii) En el fundamento 11 se señala que luego de una valoración conjunta el árbitro se forma convicción en el dictamen del Instituto Nacional de Rehabilitación porque es una institución especializada para evaluar

casos de accidentes y porque es un tercero que no tiene vinculación con las partes.

- iii) En el fundamento 12 se señala "por todas estas razones sí genera convicción el examen del Instituto Nacional de Rehabilitación dado que se encuentra debidamente desarrollada la dolencia producto del accidente de tránsito y no el examen presentado por la aseguradora".
- iv) En el fundamento 13 se señala que el proceso arbitral "trata de determinar sobre la cantidad que le correspondería a la parte demandada por el accidente de tránsito ... respecto de los días de incapacidad temporal".
- v) En el fundamento 14 el árbitro dice que habiendo determinado que debe tenerse en cuenta lo señalado por el Instituto Nacional de Rehabilitación "considera pertinente señalar el pago de la prestación económica que corresponde de acuerdo a la normatividad vigente del SOAT".
- vi) En el fundamento 15 se señala que debe pagarse los días de incapacidad temporal en función de la remuneración mínima vital (156 días), correspondiendo al demandado un pago máximo de S/ 4,300.00.

– **En relación al laudo este colegiado expone lo siguiente:**

- i) El árbitro afirma que hay dos dictámenes contradictorios (fdto. 10), e inmediatamente, aludiendo a la valoración conjunta de los medios de prueba, descarta uno e indica que el otro le genera convicción (fdto. 11). Sin embargo, no constan las razones que permitan conocer por qué descarta uno y por qué le causa convicción el dictamen del Instituto Nacional de Rehabilitación. La valoración conjunta de los medios de prueba (o principio de unidad de la prueba) exige consignar las razones esenciales y determinantes que sustentan la decisión, como se desprende de las reglas del artículo 197 del texto procesal civil, las mismas que son acordes con la doctrina que informa sobre dicho principio probatorio,
- ii) No se subsana la ausencia de esas razones respecto al dictamen del Instituto Nacional de Rehabilitación cuando se afirma que es una institución especializada y que no está vinculada a las partes, pues dichas aseveraciones no dan cuenta del contenido del dictamen, que es lo relevante para definir la controversia.
- iii) Tampoco se subsana con lo anotado en el fundamento 12, donde se dice que en el examen del Instituto Nacional de Rehabilitación se encuentra debidamente desarrollada la dolencia producto del accidente de tránsito, pues esta afirmación (que es una conclusión) no tiene en el laudo ninguna explicación que la sustente. De hecho, el laudo ni siquiera informa sobre cuál es la dolencia del demandado.
- iv) De otro lado, en el laudo no se encuentra explicación alguna sobre los motivos que llevan a ordenar el pago a favor del demandado, cuando de acuerdo al mismo laudo el único punto controvertido era para

determinar los días de incapacidad del demandado. Otra vez, estamos ante la falta de motivación del laudo.

- v) Así mismo, en el fundamento 15 se indica que la incapacidad es de 156 días, pero nuevamente no existen razones que permitan conocer cómo se llega a esa cantidad de días. No consta en el laudo idea alguna que explique ello.
- vi) Por todo lo expuesto, el laudo no está motivado, incumpliendo las reglas del artículo 56.1 de la Ley de Arbitraje y el principio de motivación contenido en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución, debiendo anularse el laudo estudio en atención a las reglas del artículo 63.1.b) del Decreto Legislativo N.º 1071 que protege el derecho al debido proceso, dentro del cual está comprendido el derecho a la motivación.
 - Ahora bien, la aseguradora demandante presentó una solicitud de interpretación respecto a los considerandos décimo primero y décimo quinto del laudo.
 - La resolución poslaudo declara fundada dicha solicitud. Allí se sostiene que:
 - a) **Respecto al considerando décimo primero:**
 - i) Para el árbitro el dictamen del Instituto es suficiente para acreditar la dolencia producto del accidente de tránsito porque es una institución especializada en evaluar casos de accidentes conforme a la legislación vigente. (fdto. 20).
 - ii) El Instituto Nacional de Rehabilitación cuenta con los elementos necesarios para determinar o no la gravedad del accidente del demandado, a diferencia de los médicos auditores de la demandante que no tienen el respaldo de una institución reconocida y aprobada por una normativa. (fdto. 21).
 - iii) El dictamen del instituto deriva del análisis de diferentes exámenes médicos que ha considerado para accidente de tránsito. (fdto. 22).
 - b) **Respecto al considerando décimo quinto:**
 - i) El laudo no es extra petita. (fdto. 24).
 - ii) El punto controvertido fijado en la audiencia fue determinar los días de incapacidad del demandado producto del accidente de tránsito. (fdto. 25).
 - iii) En el considerando décimo quinto se ha precisado que son 156 los días de incapacidad otorgados por el instituto en su dictamen. (fdto. 26).
 - iv) El árbitro considera pertinente aclarar el extremo decisorio del laudo. (fdto 27).
 - v) En la parte resolutive se señala:

“Primero. Fundada la solicitud de interpretación de ... la aseguradora ...”.

“Segundo: Interpretétese que la aseguradora ... deberá efectuar el pago referido a los días de indemnización por incapacidad temporal (156 días) de acuerdo a lo establecido en el Decreto Supremo N° 024-2002-MTC”.

- **En relación a la resolución post laudo este colegiado expone lo siguiente:**
 - i) Según los fundamentos antes señalados, se ha desestimado los argumentos de la aseguradora respecto a los considerandos décimo primero y décimo quinto.
 - ii) Pese a ello, en la parte resolutive se declara fundada la solicitud de interpretación de la aseguradora.
 - iii) Analizando el contenido de la resolución post laudo se advierte lo siguiente:
 - En relación al considerando décimo primero el árbitro dice que el dictamen del instituto es suficiente, pero no explica porqué es suficiente, lo que significa que no existen razones que sustentan dicha conclusión. No se salva ello cuando se dice que el Instituto es una institución especializada para evaluar casos de accidentes de tránsito, pues como se dijo respecto al laudo, dicha idea no da cuenta del contenido del dictamen que invoca el árbitro, siendo esto lo relevante para resolver la controversia. Pasa lo mismo cuando el árbitro refiere que el dictamen contiene diferentes exámenes médicos, pero no se explica cuáles son esos exámenes médicos ni su contenido para el caso concreto.
 - En relación al considerando décimo quinto debe recordarse que el laudo manda pagar a la aseguradora una suma de dinero. Ahora en la resolución poslaudo vía interpretación precisa que el pago es por 156 días, como se indicó en el décimo quinto considerando del laudo.
 - Sin embargo, en el laudo y en la resolución poslaudo no se exponen las razones que expliquen por qué se ordena pagar una suma de dinero a la aseguradora, cuando conforme al mismo laudo y a la resolución poslaudo el único punto controvertido era para determinar los días incapacidad del demandado. Así entonces, no existen en el laudo y en la resolución estimatoria de interpretación las razones que sustentan lo decidido. Tampoco constan razones que expliquen cómo se llega a determinar que son 156 los días de incapacidad. Es verdad que en la resolución poslaudo se dice que esa cantidad de días está en el dictamen del Instituto, pero en esta resolución judicial ha quedado establecido que el laudo no ha aplicado el principio de unidad de la prueba o de valoración conjunta de los medios de prueba, pese a que lo cita, pues no existen razones dadas por el árbitro que expliquen por qué resuelve la pretensión demandada en base al contenido del dictamen del instituto, del que ni siquiera se da cuenta en el laudo.

- iv) En conclusión, por estos argumentos, al igual que el laudo, la resolución poslaudo que declara fundada la solicitud de interpretación de la aseguradora (la misma que forma parte del laudo) tampoco está motivada, incumpliendo las reglas del artículo 56.1 de la Ley de Arbitraje y el artículo 139 inciso 5 de la Constitución, debiendo anularse en atención a las reglas del artículo 63.1.b) del Decreto Legislativo N° 1071 que protege el derecho al debido proceso, dentro del cual está comprendido el derecho a la motivación.
- v) Ahora bien, conforme a las reglas del artículo 63 inciso 2 del Decreto Legislativo N° 1071⁸, la estimación de la solicitud poslaudo determina la improcedencia del recurso de anulación.
- vi) Dicha disposición resulta lógica porque se entiende que con la resolución poslaudo que ampara la solicitud se supera la protesta contenida en ella, esto es, que con la resolución estimatoria post laudo han desaparecido los motivos que dieron lugar a la presentación de la solicitud.
- vii) Pero en este caso concreto, como se ha explicado, la resolución poslaudo, si bien en la parte resolutive ha declarado fundada la solicitud de interpretación de la aseguradora, en lo sustancial ha desestimado la protesta presentada por ella, y lo ha hecho sin motivación alguna, como también se ha explicado en las líneas anteriores.
- viii) Así las cosas, en este caso concreto, una interpretación literal de las reglas del artículo 63.2 aludido, daría lugar a dejar sin tutela efectiva a quien ve afectado su derecho con resoluciones post laudo que pese a desestimar sustancialmente la solicitud de interpretación, consignan formalmente en la parte resolutive que ella ha sido amparada.
- ix) Para que se apliquen las reglas del artículo 63.2, lo relevante es que la resolución post laudo haya amparado la solicitud en forma plena, esto es en la parte considerativa y en la parte resolutive, y eso no ha sucedido en este caso particular.

Los dos casos descritos dan cuenta del tema que es objeto de este trabajo. En efecto, dichos casos permiten verificar que, si bien se declaró formalmente fundada la solicitud de interpretación postulada por la parte demandante en el recurso de anulación, lo cierto es que se llegó a comprobar en sede judicial que pese a ello se mantuvo la ausencia y falta de motivación en el laudo. De haber seguido el órgano jurisdiccional una interpretación literal de las reglas del artículo 63.2 de la Ley de Arbitraje, el recurso de anulación no hubiera procedido por haberse estimado la solicitud de interpretación por

8 "Artículo 63.- Causales de anulación.

...

2. Las causales previstas en los incisos a, b, c y d del numeral 1 de este artículo sólo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas".

el propio tribunal arbitral, pero tal idea hubiera significado, de un lado, privar de tutela efectiva a la parte agraviada con un laudo no motivado (arbitrario), y de otro lado dejar abierta la posibilidad de que en otros casos se dicten resoluciones poslaudo similares sin posibilidad de control judicial, mensaje que no es el más adecuado ni razonable en aras de la tutela efectiva, del debido proceso y de las garantías que deben satisfacerse en sede arbitral —siendo una de ellas, sin duda alguna, la motivación del laudo—. El laudo motivado es válido y el control judicial vía recurso de anulación no puede dar lugar a respuesta distinta, porque así lo determinan las reglas del artículo 62.2 de la Ley de Arbitraje; *a contrario sensu*, un laudo no motivado no tiene validez alguna a pesar de emitirse resoluciones estimatorias poslaudo, y aquí el control judicial vía recurso de anulación sí puede generar una respuesta anulatoria del laudo, como ha sucedido en los casos judiciales antes citados.

La tarea de control judicial sobre la motivación del laudo se hace sobre la base de su propio texto, y los demás actuados sirven para verificar las razones expuestas. Así lo ha fijado el Tribunal Constitucional del Perú en el Expediente 4215-2010-PA/TC:

12. Que por último también se ha establecido, en cuanto al límite de la motivación (Cfr. sentencia recaída en el Expediente N.º 01480-2006-PA/TC, fundamento 2) que: “la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios. En tal sentido, en el proceso de amparo, *el análisis de si en una determinada resolución judicial se ha violado o no el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales debe realizarse a partir de los propios fundamentos expuestos en la resolución cuestionada* [énfasis añadido], de modo que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso en cuestión sólo pueden ser evaluados para contrastar las razones expuestas, mas no pueden ser objeto de una nueva evaluación o análisis. Esto, porque en este tipo de procesos al Juez constitucional no le incumbe el mérito de la causa, sino el análisis externo de la resolución, a efectos de constatar si ésta es el resultado de un juicio racional y objetivo donde el juez ha puesto en evidencia su independencia e imparcialidad en la solución de un determinado conflicto, sin caer ni en arbitrariedad en la interpretación y aplicación del derecho, ni en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos.”

Estos parámetros fijados por el Tribunal Constitucional son pertinentes para examinar la motivación del laudo arbitral, porque ha quedado dicho que la motivación del laudo viene impuesta entre nosotros por la Ley de Arbitraje (artículo 56.1) y por la Constitución si se considera que el arbitraje es jurisdicción (como lo ha indicado el Tribunal Constitucional en el precedente del caso María Julia). Y, aun cuando alguno pudiera sostener que el estándar de motivación no es el mismo para laudos y resoluciones judiciales, lo cierto es que en el tema que ocupa este trabajo, ausencia o falta de motivación, tal postura no habilita a sostener que un laudo no motivado tenga validez jurídica.

5. CONCLUSIONES

- Salvo los supuestos de excepción contemplados en la Ley de Arbitraje de nuestro país, el tribunal arbitral tiene el deber de motivar el laudo arbitral, y la falta o ausencia de motivación configura un claro supuesto de anulación de laudo.
- Conforme a la jurisprudencia y la doctrina en materia de anulación de laudo, tratándose de vicios en la motivación, no es requisito presentar en sede arbitral las solicitudes que prevé la Ley de Arbitraje, pues ninguna de ellas es idónea para superar tal protesta. Ahora bien, si la parte decide presentar dicha solicitud, su derecho a interponer el recurso de anulación no se afecta; eso sí, debe cuidar que exista coherencia entre la solicitud poslaudo y el recurso de anulación.
- Tratándose de la falta de motivación del laudo, la casuística judicial enseña que la parte afectada suele presentar en sede arbitral la solicitud de interpretación o de integración. Si ella es estimada, conforme a las reglas del artículo 63.2 de la Ley de Arbitraje, no cabe interponer el recurso de anulación de laudo; pero si la resolución poslaudo resuelve estimar formalmente la solicitud, y la desestima en lo sustancial, entonces es amparable el recurso de anulación por haberse acreditado la falta de motivación del laudo, como se ha evidenciado con los dos casos concretos expuestos en este trabajo, en que se amparó la solicitud de interpretación que se presentó.
- Si en los casos judiciales citados en este trabajo el órgano jurisdiccional hubiera actuado en sentido distinto a lo indicado en la conclusión anterior, habría dejado sin tutela efectiva a quien es agraviado con un laudo no motivado (arbitrario), y además habría enviado un mensaje a los actores del arbitraje para que se repita dicho agravio sin posibilidad de control judicial, lo que deviene en irrazonable y no guarda sintonía con el debido proceso.

REFERENCIAS

- Bustamante Alarcón, R. (2013). La constitucionalización del arbitraje en el Perú: algunas consideraciones en torno a la relación del arbitraje con la Constitución, los derechos fundamentales y el Estado de derecho. *Derecho PUCP*, (71), 387-411. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32501.pdf>
- Caivano, R. (2005). *El arbitraje: nociones introductorias*. <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/Arb-001.pdf>

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2008). *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf
- Lorca Navarrete, Antonio. (2011). *El laudo arbitral*. Instituto Vasco de Derecho Procesal.
- Martel Chang, R. A. (2018). *La anulación de laudos arbitrales en la jurisprudencia*. Gaceta Jurídica.
- Sentencia del Expediente 3956-2018 (Madrid). (2021, 15 de febrero). Tribunal Constitucional de España: Sala Primera. <https://www.asociacioneuropeadearbitraje.org/wp-content/uploads/2021/03/sentencia-tribunal-constitucional-2-marzo-2021-bernardo-b-cremades.pdf>
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente 00142-2011-PA/TC (Lima). (2011, 21 de septiembre). Tribunal Constitucional: Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00142-2011-AA.html>
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente 00728-2008-PHC/TC (Lima). (2008, 13 de octubre). Tribunal Constitucional: Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00728-2008-HC.pdf>
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente 4215-2010-PA/TC (Lima). (2011, 14 de marzo). Tribunal Constitucional: Pleno Jurisdiccional. https://www.tc.gob.pe/consultas-de-causas/detalles-consulta/?id_exp=21712
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente 6167-2005-PHC/TC (Lima). (2006, 28 de febrero). Tribunal Constitucional: Pleno Jurisdiccional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.pdf>
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente 6712-2005-HC/TC (Lima). (2005, 17 de octubre). Tribunal Constitucional: Pleno Jurisdiccional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06712-2005-HC.pdf>
- Soto Coaguila, C., & Bullard González, A. (Coords.). (2011). *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* (t. II). Instituto Peruano de Arbitraje. <https://www.ipa.pe/pdf/Comentarios-a-La%20Ley-Peruana-de-Arbitraje-Tomo-II.pdf>

¿NO REVELAR = ANULACIÓN?: ARMONIZACIÓN DEL CRITERIO JUDICIAL PARA ANULAR UN LAUDO POR FALTA DE REVELACIÓN DEL ÁRBITRO

JAIME HEREDIA TAMAYO*

Universidad de San Martín de Porres, Lima, Perú

PAULO CÉSAR CASTAÑEDA MONTALVÁN**

Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, Perú

Recibido: 5 de diciembre del 2021 / Aceptado: 6 de febrero del 2022

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2022.n054.5568>

RESUMEN. Mucho se ha discutido en el campo arbitral sobre las causales de recusación en el arbitraje y las circunstancias que generan un deber de revelación de los árbitros por la existencia de dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. En este trabajo, los autores abordan los criterios que debieran ser tomados en cuenta al momento de determinar si un tribunal judicial debería (o no) anular un laudo arbitral por el supuesto de que un árbitro incumpla su deber de revelación.

PALABRAS CLAVE: arbitraje / deber de revelación / principio de trascendencia / anulación del laudo arbitral / debido proceso / imparcialidad

FAILURE TO DISCLOSE = ANNULMENT?: HARMONIZATION OF THE JUDICIAL CRITERIA FOR CHALLENGING AN AWARD FOR NON-DISCLOSURE BY THE ARBITRATOR

ABSTRACT. Much has been discussed about the grounds for challenging an arbitration and the circumstances that generate a duty of disclosure on the part of arbitrators due to justified doubts about their impartiality or independence. In this paper, the authors address the criteria that should be considered when determining whether a court should (or should not) challenge an arbitral award on the assumption that an arbitrator breaches his or her duty of disclosure.

KEYWORDS: arbitration / duty of disclosure / principle of transcendence / cancellation of arbitral award / due process / impartiality

* Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, con estudios de maestría en Derecho Procesal por la misma casa de estudios. Socio del estudio Rodríguez Angobaldo Abogados.

** Bachiller en Derecho por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Premio Eric E. Bergsten al segundo mejor orador individual en el Moot Madrid 2020 y al mejor orador individual del Moot UBA 2021. Asistente legal en el estudio Rodríguez Angobaldo Abogados.

*Justice must not only be done;
it must also be seen to be done.*

Tribunal Europeo de Derechos Humanos,
caso Delcourt vs. Bélgica (1970)

1. PALABRAS PRELIMINARES

La numeración legislativa peruana actual corre desde 1904, algunos años antes de la conmemoración del primer centenario de la independencia del Perú. Hoy, a poco de haber celebrado su bicentenario, según el archivo digital del Congreso de la República (2021) tenemos nada menos que 31 349 leyes en nuestro país.

Estas leyes, en cuanto “preceptos”, suponen la existencia de un momento de “verdad práctica”, en la que se fundamenta y legitima el acto de voluntad del legislador, que la dota de validez dogmática, transformándola, al fin, en norma (Montoro, 1984, p. 70). Así, la relevancia de cada una de estas leyes es su enlace con la aplicación práctica que le demos los operadores del sistema de justicia y, particularmente, nuestros magistrados.

En esa línea, a los recién celebrados doscientos años de independencia, el Perú tiene titánicas tareas pendientes en diversas aristas de su sistema de justicia. Sin embargo, no todas ellas necesitan una modificación legislativa. Este es el caso del arbitraje y, en particular, los aspectos relativos a la anulación de laudos arbitrales.

El Decreto Legislativo 1071 (en adelante, la Ley de Arbitraje), al igual que sus predecesores, la Ley 26572 de 1996 y el Decreto Ley 25935 de 1992¹, incorporó en nuestro ordenamiento jurídico las prácticas más modernas del arbitraje comercial, al recoger la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) de 1985 y sus enmiendas del 2006, respectivamente.

En razón de lo anterior, a nuestra consideración, el arbitraje peruano no necesita ser enmendado por medio de reformas legales². Consideramos, en cambio, que las más importantes reformas que se pueden —y deben— dar en el fuero arbitral peruano parten de los mismos árbitros, de los que abogados y empresas privadas somos sus usuarios, *y en particular, en materia de anulación de laudos, de nuestros jueces.*

1 La primera disposición que hubo en nuestro país con respecto a arbitraje fue, como es sabido, el Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles, con todas sus limitaciones. Posteriormente a ello, la primera regulación independiente que se dio para este mecanismo de resolución de disputas fue el Decreto Ley 25935. Esta primera regulación, como advertía Cantuarias en un comentario de 1994, fue “prácticamente una copia de la Ley Modelo de UNCITRAL” (1994, p. 69).

2 Como muestra de ello, tenemos aún fresco el recuerdo de las cuestionables modificaciones a la Ley de Arbitraje realizadas mediante el Decreto de Urgencia 20-2020, publicado en enero del 2020, precisamente en una (mala) búsqueda de la idoneidad del árbitro.

Precisamente, el presente trabajo se centra en un supuesto específico que ha sido (y es) invocado como causal de anulación de laudos arbitrales: el incumplimiento de los árbitros del deber de revelar cualquier circunstancia que pudiera afectar su imparcialidad o independencia³, o que “pueda afectar su juicio y hacer que en la mente de las partes exista una duda razonable acerca de sus cualidades” (Cour d’appel de Paris [1ère Chambre-Section C], 2009). Por ello, se ha señalado lo siguiente: “La obligación de revelación es un medio de carácter preventivo que permite limitar los riesgos de recursos —de recusación y/o de anulación— basados en supuestos incumplimientos a la exigencia de independencia e imparcialidad del árbitro” (Matheus, 2010, p. 463).

Siendo ello así, en el presente texto analizaremos, como punto de partida, la relevancia de la “teoría de la apariencia” en materia de imparcialidad e independencia. A partir de ella, abordaremos las disímiles posturas que existen en torno a la posibilidad de anular un laudo arbitral por un incumplimiento del deber de revelación de los árbitros que lo emitieron, para luego proponer un término intermedio entre ambas, que —consideramos— es el que guarda mayor coherencia con los principios que enmarcan al arbitraje.

Finalmente, desarrollaremos algunas consideraciones que podrían ser tomadas en cuenta por nuestra magistratura al momento de decidir sobre la anulación de un laudo en que se invoque esta causal. Ello se realizará tratando de plantear una guía “práctica” (dentro de lo que permite lo abstracto de la materia) de supuestos en los que el incumplimiento de dicho deber debe ser considerado (o no) como causal de anulación.

2. SER Y PARECER: IMPORTANCIA DE LA TEORÍA DE LA APARIENCIA

2.1 Contenido del derecho a un juez imparcial y la teoría de la apariencia

La impartición de justicia y la idoneidad del impartidor de justicia son elementos interdependientes: no puede existir justicia si quien la imparte no está en la posición debida para hacerlo. Esta “posición debida” se traduce, por un lado, en los requisitos legales de habilidad y, por el otro, en la imparcialidad e independencia del juzgador (juez o árbitro). En esa línea, nuestro Tribunal Constitucional (2003) ha señalado lo siguiente:

Debe tomarse en cuenta que si bien, *prima facie*, la imparcialidad e independencia son garantías consustanciales y necesarias para una correcta administración de justicia, éstas deben entenderse, a su vez, como garantías para los imputados (garantía a ser juzgado por un Tribunal independiente e

3 Artículo 28 de la Ley de Arbitraje:

“1. 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”.

imparcial), configurándose, de este modo, su doble dimensión. (Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente 00023-2003-AI/TC, 2004)

En el deber de independencia, el contenido está enfocado en la no existencia de sujeción o subordinación del juzgador frente a una de las partes. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2002) estima algunos ejemplos en los que se demuestra independencia y señala que

para poder establecer sin un tribunal puede ser considerado independiente debe tenerse en cuenta, entre otras cosas, la forma de designación de sus miembros y la duración de su mandato, la existencia de garantías frente a presiones externas (Morris vs. Reino Unido).

Como vemos, en el deber de independencia, la corroboración podría ser más sencilla, por cuanto responde a factores relativamente más objetivos. Sin embargo, en el marco de la imparcialidad tenemos todo lo contrario. La imparcialidad del juzgador estará conformada por su predisposición mental frente al caso en cuestión.

Las dificultades de lo anterior son obvias: estamos ante una condición que se genera dentro de la “psique” del individuo. Más aún cuando el estándar que se busca en esta cualidad del juzgador, según Montero Aroca (2006) en una postura ampliamente recogida, es el siguiente:

La ausencia de designio o de prevención en el juez deponer su función jurisdiccional al servicio del interés particular de una de las partes. La función jurisdiccional consiste en la tutela de los derechos e intereses legítimos de las personas por medio de la aplicación del Derecho en el caso concreto, y la imparcialidad se quiebra cuando el juez tiene el designio o la prevención de no cumplir realmente con esa función, sino que, incumpliendo con ella, puede perseguir en un caso concreto servir a una de las partes. (p. 69)

Como vemos, esta predisposición va a traducirse en un sesgo interiorizado por el juez o árbitro a favor de una de las partes. Por su propia naturaleza, esta será muy difícil (o imposible) de probar materialmente. Debido a ello, se ha desarrollado que “tanto la *imparcialidad de hecho* [énfasis añadido] como la *apariencia de imparcialidad* [énfasis añadido] son fundamentales para que se mantenga el respeto por la administración de justicia” (Picado, 2014, p. 36). De esta manera, al igual que distintos fueros a lo largo del mundo⁴, nuestro Tribunal Constitucional (2006) ha adoptado esta teoría y ha indicado que

en esta materia, incluso las apariencias pueden revestir importancia ... debe recusarse todo juicio del que se pueda legítimamente temer una falta de imparcialidad. Esto se deriva de la confianza que los tribunales de una

4 Las cortes inglesas, como se demuestra en *AT & T Corporation & Anor v. Saudi Cable Company* (2000), recogen igualmente la teoría de la apariencia de parcialización, un estándar de ética judicial aplicable también a los árbitros.

sociedad democrática deben inspirar a los justiciables. (Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente 00004-2006-PI/TC)

En el campo del arbitraje, esto se complica, dado que la elección del “juzgador” usualmente recae sobre las propias partes, quienes —en teoría— buscarán elegir al mejor árbitro disponible, y sin embargo se pueden ver sorprendidas por circunstancias no reveladas por él que se traduzcan en sesgos que afecten su postura frente a una de las partes en el procedimiento.

De esta manera, elegir un tribunal arbitral correcto es relevante no solo para las partes, sino también para el buen desarrollo del arbitraje en sí. Es la calidad del tribunal arbitral la que puede fortalecer o destruir irremediabilmente el procedimiento arbitral. Así pues, “se juega en él la suerte del arbitraje. Por más que intervenga una institución, el éxito o el fracaso del arbitraje dependerá en gran medida de la capacidad de los árbitros para resolver la disputa con equidad y solvencia” (Caivano, 2000, p. 172).

En tal sentido, bajo esta teoría de la apariencia, “ha de exigirse que el juez [o árbitro] se encuentre en una relación lo razonablemente equidistante de ambas partes, de manera que el proceso judicial [o arbitraje] cumpla mínimamente con las exigencias derivadas del derecho a un juez independiente e imparcial” (Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente 00512-2013-PHC/TC, 2013).

Como vemos, bajo la teoría de la apariencia se releva a las partes de acreditar una parcialidad efectiva e indubitable para recusar al árbitro. Lo que se les requiere acreditar, entonces, es la existencia de las tan mencionadas “dudas justificadas” sobre la imparcialidad de aquel⁵. Estas, en realidad, responden a circunstancias en las que este se encuentra que razonablemente harían inferir una predisposición a favor de una de las partes.

2.2 Los instrumentos de *soft law* utilizados en el arbitraje, se basan también en la teoría de la apariencia

Como sabemos, si bien la teoría de la apariencia responde a una problemática particular (la imposibilidad de leer las mentes), también presenta sus propias dificultades, como, por ejemplo, la manera de determinar cuándo estamos, o no, ante “la apariencia de imparcialidad e independencia”, dada la —también— imposibilidad de elaborar una lista taxativa de todos los supuestos en los que un árbitro pueda tener predisposición hacia una de las partes.

5 Artículo 28 de la Ley de Arbitraje:

“1. 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 ... 3. Un árbitro sólo 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”.

Ante falta de recepción positiva de una legislación sobre imparcialidad o independencia, en el arbitraje internacional y nacional se utilizan generalmente instrumentos de *soft law*, como lo son predominantemente las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional 2014 (en adelante, las Directrices IBA) o las Reglas de Arbitraje Comercial y Procedimientos de Mediación de la American Arbitration Association (2013).

En ellos se ejemplificaban y listan algunas situaciones, criterios y condiciones en que presumiblemente existiría una duda justificada sobre la imparcialidad del árbitro, que genera el deber de este último de revelar dichas condiciones. Así, a pesar de no ser imperativas, señala Mourre (2018) que “algunas de las reglas, guías y códigos de conducta que forman parte de la *soft law* arbitral puedan adquirir, con el tiempo, algún grado de normatividad”.

Como sabemos, estos instrumentos (especialmente las Directrices IBA) tienen amplia recepción en el fuero arbitral peruano. Pero no solo ello, sino que ya la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (2017) los ha recogido para evaluar la apariencia de imparcialidad de los árbitros y ha indicado lo siguiente:

La Internacional Bar Association (IBA) ha publicado las denominadas Directrices IBA que vienen a ser un conjunto de reglas éticas destinadas para los árbitros internacionales y que a modo de listado abierto orientan e indican en qué casos y situaciones un árbitro se encuentra o no en la obligación de revelar para determinar que no sea descalificado. (JAR Outsourcing S. A. C. [JAR] y Oficina Nacional de Normalización Previsional [ONP], Casación 2267-2017/Lima)

Los instrumentos de *soft law* utilizados, antes señalados, toman como base, precisamente, la teoría de la apariencia. Ello lo podemos ver, por ejemplo, en la Nota Explicativa sobre la Norma General 2 de las Directrices IBA, que señala en su inciso b) que, para que las normas sean aplicadas de la manera más homogénea posible, el test para la descalificación ha de ser objetivo, y la expresión “imparcialidad o independencia” *implica un test de valoración de apariencias*.

En ese sentido, podemos ver que la teoría de la apariencia es un principio transversal a todo lo que se refiere a imparcialidad e independencia, y a partir de ella se constituyen el deber de revelación, la recusación, entre otros.

2.3 El deber de revelación desde la teoría de la apariencia y los efectos de su incumplimiento

Con base en lo anterior, cada vez que se dé una situación en la que se generen dudas o “apariencia de parcialidad”, el árbitro se encuentra obligado a revelarla a las partes y a sus coárbitros, como lo establece el precitado artículo 28 de la Ley de Arbitraje. La pregunta es la siguiente: ¿qué sucede si no lo hace? Las respuestas variarán en relación con el momento en el que la información no revelada sea descubierta.

Si la circunstancia no revelada es identificada durante el procedimiento arbitral, es probable que el árbitro sea recusado y el propio tribunal arbitral, o el centro de arbitraje, decida sobre su apartamiento. En caso de que sea apartado, en principio, no se generarían mayores contingencias⁶.

Sin embargo, existen cuanto menos otras dos posibilidades: (i) que el centro de arbitraje o el tribunal arbitral decida que, a pesar de no haberse revelado la circunstancia, esta no justifica el apartamiento del árbitro o (ii) que la circunstancia sea conocida de manera posterior al cierre de actuaciones del tribunal arbitral.

En estos casos, es probable que la parte vencida acuda al fuero judicial para solicitar la anulación del laudo arbitral, invocando los literales b) o c) del inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje⁷. Los resultados de estos pedidos, tanto en sede nacional como en jurisprudencia comparada, son abordados a continuación.

3. EL PROBLEMA: LOS DOS POLOS OPUESTOS

Como señalábamos, el incumplimiento del deber de revelación puede dar lugar a cuestionamientos, en sede judicial, sobre la validez del laudo arbitral. La cuestión es la siguiente: ¿el mero incumplimiento del deber de revelación puede por sí solo ser suficiente para ello?

Algunos magistrados (entre ellos, los peruanos) han adoptado uno de los dos extremos: (i) el incumplimiento del deber de revelación da lugar de manera directa a la anulación del laudo arbitral o (ii) no se debe anular un laudo por el solo incumplimiento del deber de revelación, sino que debe demostrarse la afectación de derechos. Veamos.

3.1 Primer Enfoque: no revelar = anulación del laudo

Este enfoque (al que en adelante denominaremos Primer Enfoque), sostenido principalmente en Estados Unidos⁸, expone que, si un árbitro aparentemente parcializado

6 Decimos en principio porque existen muchos supuestos que podrían ser abordados: ¿qué pasa si se emitió un laudo parcial antes de la recusación? ¿Sería inválido? ¿Qué pasa con las decisiones sobre las incidencias en el arbitraje? Por la extensión, ello será motivo de otro trabajo.

7 Artículo 63 de la Ley de Arbitraje:
"1. El laudo sólo 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".

8 Aunque matizado en los últimos años.

ha participado de las deliberaciones y del arbitraje en general, puede causar fundadas suspicacias sobre la afectación de los derechos de la parte vencida. En esa línea, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, en un caso emblemático, afirmó lo siguiente:

Los árbitros no están aislados los unos de los otros; conocen del caso y deciden como un equipo, luego de la discusión, debate y deliberación conjuntas. Cada miembro de ese grupo tiene la oportunidad de persuadir a los otros ... Así, independientemente de requerirse mayoría para emitir un laudo arbitral, cuando un árbitro es evidentemente parcial, la sospecha cae sobre el laudo. Esta conclusión es especialmente valedera cuando los otros miembros del tribunal votan en igual sentido que el árbitro evidentemente parcial. (Corte de Apelaciones de California, 1976)

En sentido similar, en el caso *Jean y Leonard Schmitz v. Carlos Zilveti y otros*, citado por Simons (2018), se indicó que “si el árbitro no informa de hechos relevantes, que pueden mostrar una apariencia de parcialidad, lo que hace es quitarle legitimidad a su posición como juzgador privado”.

Este criterio se ve reflejado en una decisión importante del Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Noveno Circuito (1994): uno de los árbitros desconocía el conflicto de intereses de su bufete de abogados en el momento de la audiencia (aparentemente, por no indagar lo suficiente para declararlo). Al no ponerlo en conocimiento de las partes, y ser conocido posteriormente por la parte vencida, se recurrió a la vía de anulación. El tribunal de apelaciones sostuvo, al respecto, lo siguiente:

La evidente parcialidad de Conrad justifica la anulación del laudo arbitral en este caso. Una determinación de parcialidad evidente en un árbitro generalmente requiere la cancelación del laudo arbitral. Como se indica en *Wheeler v. St. Joseph Hospital*, (1976): Los árbitros no están aislados unos de otros; escuchan y deciden el caso como un panel después de una discusión, debate y deliberación conjuntas. Cada miembro del panel tiene la oportunidad de persuadir a los demás.

Como vemos, a pesar de que solo uno de los árbitros había incumplido su deber de revelación, se dejó sin efecto todo el laudo arbitral. La lógica de estos tribunales, además de lo indicado en el extracto precitado, encuentra su razón en que la decisión de los árbitros no es pasible de ser revisada. En esa línea, en *Commonwealth Coatings Corp., Petitioner, v. Continental Casualty Co. et al* (1969) se sostuvo que

es cierto que los árbitros no pueden cortar todos sus vínculos con el mundo de los negocios, pues no se espera que obtengan todos sus ingresos de la resolución de casos, pero debemos, por lo menos, ser aún más escrupulosos para salvaguardar la imparcialidad de los árbitros que de los jueces, pues aquellos [los árbitros] tienen carta blanca para decidir el derecho, así como los hechos, y no están sujetos a revisión en apelación.

Con todo lo anterior, veamos ahora el otro enfoque que han recogido los tribunales judiciales.

3.2 Segundo Enfoque: la falta al deber de revelación no puede ser causal para la anulación del laudo, a no ser que se demuestre la vulneración del debido proceso

En el otro lado del *ring*, tenemos posturas en las que se ha sostenido que el incumplimiento del deber de revelación por sí solo de ninguna manera puede llevar a que se anule el laudo arbitral, si el solicitante no demuestra de manera objetiva que se han vulnerado sus derechos. En adelante, nos referiremos a este como el Segundo Enfoque.

Bajo este enfoque, se ha establecido una carga de la prueba sumamente gravosa en la parte que solicita la anulación del laudo. Ello porque la parte vencida no solo tiene que probar que, efectivamente, existía una circunstancia que generaba dudas justificadas sobre la imparcialidad o independencia del árbitro, sino que, además, por este incumplimiento, se han vulnerado sus derechos “de manera efectiva”.

No solo ello; en algunos casos, bajo la premisa de proteger la validez del laudo arbitral, se ha sostenido inclusive, que “si el motivo de impugnación surgiera con anterioridad a la designación del árbitro [por ejemplo, el árbitro era familiar de una de las partes], dicha parte también *deberá acreditar que no conocía su existencia* [énfasis añadido]” (Primera Sala de Primera Instancia de Beirut, 2010). La contingencia es evidente: ¿cómo podría probarse un “no conocimiento”?

La Corte Superior de Justicia de Lima parece haber tomado un enfoque similar. En un caso relativamente reciente, se verificó que se había cumplido uno de los presupuestos del Listado Naranja de las Directrices de la IBA⁹ y el árbitro no lo había revelado.

La corte determinó en este caso que, si bien es cierto que el reglamento del centro de arbitraje disponía que la omisión de cumplimiento del deber de revelación “dará la apariencia de parcialidad y puede servir de base para la descalificación o recusación del árbitro que omita su cumplimiento”, de ello no podía extraerse de modo automático la consecuencia jurídica de la anulación del laudo:

Primero, porque ello no está así dispuesto, pues a dicha apariencia de parcialidad la norma le apareja como consecuencia la —posible y no necesaria— descalificación o recusación del árbitro, pero no la invalidez del laudo. Segundo, porque dicha norma —que busca objetivar el deber de imparcialidad— impone un deber de apariencia que no puede ser asumido de modo absoluto, sino que debe ser dimensionado con carácter instrumental en orden

9 Como sabemos, de acuerdo con las Directrices IBA, “el Listado Naranja refleja situaciones que quedarían comprendidas en la Norma General 3(a), por lo que el árbitro tiene la obligación de revelarlas”.

a asegurar o garantizar lo medular: la imparcialidad del árbitro y el derecho de las partes de conocer aquellas circunstancias que pudieran revelar conflicto de interés, y juzgarlas en cada caso concreto a fin de decidir si se justifica el apartamiento del árbitro mediante la recusación. Pero en modo alguno puede afirmarse la existencia de una regla omisión de revelación = apariencia de parcialidad = nulidad del laudo, pues ello debe ser ponderado en cada caso concreto. (Sentencia de vista recaída en el Expediente 133-2016, 2016)

Para sustentar dicha postura, la Corte Superior de Justicia hace suya una cita de González de Cossío (2002), al comentar sobre la independencia e imparcialidad en el derecho arbitral, e indica lo siguiente:

Para que una demanda de nulidad o solicitud de no-reconocimiento de un laudo pueda proceder en base a la apariencia de imparcialidad derivada del incumplimiento del deber de revelar del árbitro, *la parte demandante debe acreditar claramente el perjuicio que sufrió al respecto* [énfasis añadido], y que el mismo es de grado tal que se vio mermado en su derecho a que la controversia se ventile mediante un proceso debido ... Es decir, *la simple apariencia no debe ser suficiente. Sólo un indicio. Para que la existencia de apariencia de imparcialidad sea mortal a un laudo, debe adicionalmente resultar en un problema de debido proceso debidamente acreditado. No especulado* [énfasis añadido].

Sin pronunciarnos sobre el caso concreto, lo que resulta preocupante del criterio de la Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial es el hecho de que, como se ha señalado anteriormente, sostiene que “para que la existencia de apariencia de imparcialidad sea mortal a un laudo, debe adicionalmente resultar en un problema de debido proceso debidamente acreditado”.

¿No es precisamente por la imposibilidad de probar la “parcialidad efectiva” del juzgador que cobra su sentido la “teoría de la apariencia”? ¿Cómo se compatibilizarían ambos criterios? ¿No se estaría sometiendo a las partes a una *probatio diabolica*? Como podemos ver, ambos enfoques, vistos bajo una óptica estricta, parecieran presentar problemas.

4. EL TERCER ENFOQUE: *IN MEDIO STAT VIRTUS* COMO ALTERNATIVA DE SOLUCIÓN. NI UN EXTREMO NI EL OTRO SON CORRECTOS

El axioma aristotélico *in medio stat virtus* nos refiere que “la virtud está en el medio”, esto es, evitando ir a los extremos. Lo mismo sucede con algunas discusiones jurídicas, como lo es, para estos efectos, la relacionada con el incumplimiento del deber de relevación como causal de anulación del laudo.

A nuestra opinión, para poder encontrar el “punto medio” y desarrollar algunos criterios que no dejen en indefensión a la institución arbitral ni a las partes, debemos recurrir a determinados principios que circunscriben el arbitraje y, en general, la administración de justicia. Veamos.

4.1 Aplicación del principio *pro arbitri*

Para las partes, el convenio arbitral comporta una obligación de no someter el conflicto a la jurisdicción ordinaria y desplaza la facultad jurisdiccional a los árbitros que las partes designen o que sean designados conforme a derecho. Para la justicia ordinaria, por su parte, se genera la obligación de abstenerse de conocer un caso en el cual existe convenio arbitral (Gabriel Tomas, Santos Sánchez & Villegas Porras, 2018, pp. 126-127).

Esta norma consagra adicionalmente el principio *in dubio pro arbitri* al disponer que, en caso de duda, el órgano judicial debe entender que el conflicto se encuentra sometido a arbitraje (Gabriel Tomas, Santos Sánchez & Villegas Porras, 2018, pp. 126-127). Esta postura, según Arrarte (2015), es pacífica en la doctrina, por lo que está “fuera de toda posibilidad de discusión es que en el escenario de duda o falta de certeza siempre deberá efectuarse una interpretación en favor del arbitraje” (p. 252).

Si bien este principio generalmente se recoge como método interpretativo sobre la competencia del tribunal arbitral, también es aplicable respecto a la validez y preservación del procedimiento arbitral en general; asimismo, del laudo arbitral. Sobre ello, señalan Castillo Freyre y Vásquez Kunze (2007) que este es un

principio legal por el cual el ordenamiento jurídico blinda al contrato de arbitraje, al proceso y al laudo, esto es, a la institución toda, contra las armas legales que para la jurisdicción ordinaria reconoce la tutela judicial efectiva del Estado. Y esto porque sería absolutamente ilógico que, si la ley permite que para determinados casos los particulares se sustraigan, renunciando, a la jurisdicción estatal para resolver extrajudicialmente a través del arbitraje una controversia, no renuncie también a los medios impugnatorios que ofrece el sistema al cual han renunciado temporalmente. Lo que quiere así sabiamente el Estado, es que el arbitraje no sea letra muerta y que, quienes se sustrajeron a su jurisdicción, no la invoquen cuando consideren que el arbitraje no satisfizo sus intereses. (p. 197)

Bajo este principio, la problemática respecto al Primer Enfoque salta a la vista. Si estamos ante una premisa por la que la validez del laudo se presume y solo uno de los árbitros ha omitido declarar circunstancias que presumiblemente afectan su objetividad, en principio, no pareciera razonable extenderle la “falta de legitimidad” al resto de los miembros del tribunal arbitral.

En ese sentido, en el Primer Enfoque, el principio *pro arbitri* se revierte, generando, por el contrario, una presunción de invalidez del laudo arbitral. Consideramos que esto debe ser matizado en los términos que proponemos en el siguiente acápite.

4.2 Observancia del principio de trascendencia en la nulidad

En materia procesal, el principio de trascendencia de la nulidad, “aplicable también a la anulación de laudo” (Arrarte, 2015, p. 244), implica que, aun cuando el acto procesal no

haya cumplido con uno de sus requisitos, pero sí haya cumplido con su finalidad, este no debería declararse nulo¹⁰.

Lo anterior encuentra razón en que la nulidad constituye una situación excepcional y no querida en el proceso, pues implica necesariamente su retroceso, lo que significa prolongar el tiempo que demorará la solución del conflicto de intereses (Monroy, 2013). Ello, a la luz de la celeridad procesal, como manifestación del derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva¹¹.

Con base en lo anterior, por el adagio *pas de nullité sans grief* (no hay nulidad sin agravio), se debe demostrar un perjuicio cierto e irreparable que no pueda remediarse de otro modo que no sea la sanción de nulidad. Así, “quien pretenda plantear la anulación de un laudo deberá demostrar cómo el vicio que denuncia fue determinante en el resultado del arbitraje, es decir si éste no hubiese ocurrido, el sentido de la decisión hubiese sido otro” (Arrarte, 2015, p. 244).

La contradicción de este principio con el Primer Enfoque salta a la vista: el hecho de que uno solo de los árbitros haya incumplido su deber de revelación, ¿es prueba certera de que el laudo habría cobrado un sentido distinto? A nuestra consideración, ello puede ser muy cuestionable, pues implicaría extender dicha supuesta falta de objetividad al resto de los árbitros, para lo cual no pareciera existir un sustento válido.

Un pronunciamiento relativamente reciente del Tribunal Federal de Justicia de Alemania (2019) nos parece relevante en la materia. En ese caso, se solicitó la nulidad del laudo arbitral, en tanto en cuanto el perito designado por el tribunal no había revelado todas las circunstancias que pudieran generar dudas sobre su imparcialidad o independencia, ello constituye un error de procedimiento.

Sobre ello, el Tribunal Federal indicó que, si bien la mera no divulgación de los hechos relevantes puede justificar la impugnación de un experto, tal error equivale a una causal de anulación “solo si se supone que el error tuvo un efecto en la decisión del tribunal”.

En ese caso particular, determinó que tal efecto existiría solo si: (i) el tribunal basó esencialmente su decisión en la opinión del perito y (ii) los hechos no revelados

10 Artículo 171 del Código Procesal Civil:

“La nulidad se sanciona sólo por causa establecida en la ley. Sin embargo, puede declararse cuando el acto procesal careciera de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad. Cuando la ley prescribe formalidad determinada sin sanción de nulidad para la realización de un acto procesal, éste será válido si habiéndose realizado de otro modo, ha cumplido su propósito”.

11 Para el Tribunal Constitucional, “2. La celeridad procesal constituye una de las manifestaciones del derecho al debido proceso, y como tal exige que los actos procesales se realicen sin dilaciones indebidas, es decir, en un tiempo razonable que evite que se produzca indefensión o perjuicio de los procesados debido a la demora en la celebración o conclusión de las etapas procesales” (Expediente del Tribunal Constitucional 1816-2003-HC/TC, 2004, fundamento 2).

hubieran justificado un apartamiento del perito. Al no haberse dado ambos, el pedido fue rechazado.

4.3 *Probatio diabolica*

El adagio *probatio diabolica*, o prueba diabólica, hace referencia al requerimiento de un juzgador de demostrar lo imposible. Por ejemplo: (i) la "no participación en el delito" o (ii) requerirle a la parte denunciada probar que la parte denunciante carece del título del derecho que dice representar (Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente 06135-2006-PA/TC-ICA, 2007).

En materia arbitral, determinadas posturas parecieran colindar con este principio. En efecto, como vimos en el Segundo Enfoque, nuestra Corte Superior de Justicia (y otras) requieren que el solicitante de la nulidad del laudo arbitral demuestre una vulneración "acreditada, no especulada" al debido proceso, aun cuando se verifica un incumplimiento del deber de revelación.

A nuestra consideración, someter al afectado por el incumplimiento del deber de revelación de situaciones que ponen en tela de juicio la imparcialidad de un árbitro a probar que efectivamente hubo una afectación al debido proceso, cuando las deliberaciones son secretas y los procesos de toma de decisiones se encuentran dentro de la "psique" de cada árbitro, pareciera excesivo y, tal vez, imposible.

Por lo demás, ello no guarda coherencia con que el máximo intérprete constitucional haya señalado que nuestro ordenamiento jurídico se ciñe a la teoría de la apariencia, precisamente porque no se puede probar de manera fehaciente la afectación real a la imparcialidad y, sin embargo, se le exige al justiciable que la pruebe.

Sin embargo, lo anteriormente señalado debe ser matizado con los anteriores principios recogidos. Dicha confrontación nos lleva al siguiente acápite.

5. CRITERIOS PRÁCTICOS PARA DETERMINAR CUÁNDO UN LAUDO PODRÍA SER ANULADO POR INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE REVELACIÓN, BAJO EL TERCER ENFOQUE

Conforme a todo lo indicado anteriormente, consideramos que la armonización de los principios que rigen el arbitraje, y en general el sistema de justicia, puede llevar a un "punto medio", en el que las decisiones de los magistrados respeten tanto la institución arbitral como los derechos de la parte vencida, que solicita la nulidad del laudo.

En ese sentido, desarrollaremos algunos criterios que, consideramos, deberían ser tomados en cuenta por los tribunales judiciales para determinar si se debe (o no) anular un laudo arbitral.

5.1 El estándar de la falta al deber de revelación como causal de anulación

Como hemos visto, la consecuencia de no revelar toda la información disponible podría determinar que el árbitro sea, en razón de un presumible ocultamiento o de su falta de diligencia, recusado; pero, además, que el laudo sea anulado y consecuentemente que el arbitraje no explote su ventaja competitiva de celeridad (Osterling & Miró Quesada, 2013, p. 11). Frente a ello, el mensaje para los árbitros es claro: ante la duda de si la circunstancia constituye o no un conflicto de interés, revela (De Trazegnies, 2011, p. 345).

Sin embargo, en las presentes líneas nos encontramos en el supuesto en que, efectivamente, no hubo una revelación de una circunstancia que —por ejemplo— podría identificarse con una causal del Listado Naranja de las Directrices IBA, por la que, como sabemos, “el árbitro tiene la obligación de revelarla”. No obstante, bajo este ejemplo, la circunstancia no se encuentra expresamente prevista en las directrices. El árbitro *hace cuatro años*:

- i. Fue abogado de una de las partes (el numeral 3.1.1 señala que debe revelar únicamente hasta tres años anteriores).
- ii. Fue abogado en contra de una de las partes (el numeral 3.1.2 señala que debe revelarlo únicamente si ello ha sucedido en los tres años anteriores).

Adicionalmente, dentro de los tres años anteriores ha sido designado una vez como árbitro por la parte de la que fue abogado (el numeral 3.1.3 de las Directrices IBA señala que se debe revelar únicamente si fue nombrado en dos o más ocasiones por una de las partes).

La concurrencia de todas estas circunstancias, a pesar de no estar expresamente previstas en las Directrices IBA, podría requerir que estas sean reveladas a las partes. Sin embargo, no fueron reveladas y son invocadas en un proceso de anulación del laudo.

Es más, en otro supuesto, si nos encontráramos ante una causal expresamente prevista en el Listado Naranja de las Directrices IBA (por ejemplo, ha sido nombrado más de tres veces como árbitro por una de las partes en los últimos tres años), podría considerarse un asunto dudoso, al menos en nuestro país.

Esto dado que, como ha recogido nuestra jurisprudencia nacional (Sentencia de vista recaída en el Expediente 133-2016, 2016),

el medio arbitral peruano, si bien está en franco crecimiento, es aún pequeño y se encuentra cubierto por un número no muy elevado de árbitros, de los cuales muy pocos son árbitros profesionales, esto es, que tienen por única actividad la arbitral.

En ese sentido, si ello fuera llevado a sede judicial, ¿el laudo debería ser anulado? Consideramos que no, porque estamos ante un caso en el que podría ser dudoso si el

árbitro debía revelar o no y, ante dicha situación de duda, cobraría vigencia el principio *pro arbitri*, que recogimos líneas arriba, respecto a la validez del laudo arbitral.

Con base en ello, el estándar que se debería recoger sobre el incumplimiento del deber de revelación, a nuestra consideración, debe responder a un “manifiesto incumplimiento del deber de revelación”. Esto es, que a ojos de cualquier persona razonable el hecho debería haber sido revelado. Veamos algunos ejemplos:

- El árbitro tenía quince arbitrajes en los que estaba incluida una de las partes, y reveló un número mínimo o ninguno¹².
- El árbitro mantuvo, de manera privada, reuniones o comunicaciones reiteradas con una de las partes mientras se tramitaba el arbitraje¹³.
- El árbitro era familiar de una de las partes o de otro de los árbitros¹⁴.
- El árbitro ha sido designado como perito de una de las partes en múltiples arbitrajes mientras se está llevando a cabo el arbitraje.

En supuestos como estos, más allá de la integridad, el prestigio o la reputación del árbitro, pareciera insostenible que este no haya considerado que la circunstancia debía ser revelada, por lo que consideramos que el estándar de “manifiesto”, en principio, se cumpliría.

A nivel comparado, la Ley Federal de Arbitraje de Estados Unidos recoge un criterio similar. Esta señala en el inciso 1, literal a), de la sección 10, como causal de anulación del laudo, que haya existido “evidente parcialidad o corrupción en los árbitros, o alguno de ellos”.

Sin perjuicio de todo ello, la existencia de un incumplimiento (inclusive bajo el estándar de “manifiesto”) del deber de revelación de uno de los árbitros, en sí misma,

12 A pesar de que el Listado Naranja de las Directrices IBA señala lo siguiente: “3.1.3. Dentro de los tres años anteriores el árbitro ha sido designado como árbitro en dos o más ocasiones por una de las partes o por una afiliada de éstas”.

13 A pesar de que las Reglas de la American Arbitration Association (2013) señalan lo siguiente: “R-19. Communication with Arbitrator (a) No party and no one acting on behalf of any party shall communicate ex parte with an arbitrator or a candidate for arbitrator concerning the arbitration, except that a party, or someone acting on behalf of a party, may communicate ex parte with a candidate for direct appointment pursuant to R-13 in order to advise the candidate of the general nature of the controversy and of the anticipated proceedings and to discuss the candidate’s qualifications, availability, or independence in relation to the parties or to discuss the suitability of candidates for selection as a third arbitrator where the parties or party-designated arbitrators are to participate in that selection”.

14 A pesar de que el Listado Rojo Renunciable de las Directrices IBA señala lo siguiente: “2.3.8. El árbitro tiene un vínculo familiar estrecho con una de las partes o con un gerente, administrador o miembro del comité de vigilancia, o con cualesquiera personas con una relación de control sobre una de las partes, o sobre una afiliada de una de las partes, o con el abogado de una de las partes”.

no debiera ser suficiente para anular en laudo, a la luz del principio de trascendencia, desarrollado líneas arriba. Para anularlo se deberían considerar, además, los factores mencionados a continuación.

5.2 Incumplimiento del deber de revelación por uno de los árbitros: relevancia de la composición del tribunal arbitral y la distribución de los votos en el laudo

i. En el caso de laudos por unanimidad

El primer supuesto que planteamos es que nos encontremos ante un tribunal arbitral de tres árbitros, los cuales de manera conjunta emiten un laudo con un sentido favorable a una de las partes (como es natural).

Si solo uno de los tres árbitros incumple su deber de revelación de una circunstancia que genera serias dudas sobre su imparcialidad y/o independencia respecto a la parte vencedora, ¿el laudo podría ser anulado? En este caso, consideramos que ello difícilmente podría ser sostenido. Esto a la luz del “principio de trascendencia”, pues independientemente del sentido en el que votó dicho árbitro el sentido del voto de los otros dos árbitros no se ha visto afectado.

Desde luego, como vimos anteriormente, bajo el Primer Enfoque, el incumplimiento del deber de revelación, en sí mismo, invalida todo el laudo arbitral, pues “los árbitros no están aislados los unos de los otros; conocen del caso y deciden como un equipo, luego de la discusión, debate y deliberación conjuntas. Cada miembro de ese grupo tiene la oportunidad de persuadir a los otros” (Corte de Apelaciones de California, 1976).

A nuestra consideración, dicho criterio no se podría considerar correcto. El que uno solo de los árbitros tenga un eventual sesgo a favor de una de las partes no implica que todos vayan a tenerlo, a pesar de “ser persuadidos” de ello. Si el criterio fuera adoptado *manu militari*, implicaría asumir que los otros dos árbitros son seres sin un criterio de valoración probatoria e independencia en su decisión plenamente formado.

ii. En el caso de laudos por mayoría

En este segundo supuesto, nos encontramos ante un tribunal arbitral de tres árbitros, los cuales por mayoría (dos versus uno) emiten un laudo con un sentido favorable a una de las partes. Si uno de los árbitros que votaron a favor incumplió su deber de revelación de una circunstancia que genera dudas justificadas sobre su imparcialidad y/o independencia respecto a la parte vencedora, ¿ello sería suficiente para anular el laudo arbitral?

Consideramos que se podría estar ante un supuesto distinto al primero, lo que va a requerir que las cortes judiciales realicen un análisis pormenorizado, que puede inclinarse por una anulación del laudo.

Ello en tanto en cuanto el voto de este árbitro aparentemente imparcial ha sido el “criterio dirimente” para determinar el sentido del laudo, por lo que se podría sostener que cumple con el principio de trascendencia para dejar sin efecto la referida decisión. Con esto, podría considerarse que “el vicio que denuncia fue determinante en el resultado del arbitraje, es decir si éste no hubiese ocurrido, el sentido de la decisión hubiese sido otro” (Arrarte, 2015, p. 244).

iii. En el caso de un árbitro único

El último caso que exponemos es el de un árbitro único que decide la controversia. A nuestro entender, en este caso el incumplimiento manifiesto del deber de revelación es potencialmente “mortal” (para el laudo). Ello en tanto en cuanto la falta de imparcialidad de este no puede ser matizada con la imparcialidad de los otros dos miembros. El principio de trascendencia, en estos casos y de manera general, se encontraría acreditado.

5.3 Incumplimiento del deber de revelación de más de un árbitro: el escenario de un laudo en cuidados intensivos

En el acápite anterior, vimos supuestos en los que solo uno de los árbitros incumplió su deber de revelación. En el presente, abordaremos el supuesto en el que más de uno ha incumplido de manera manifiesta este deber. En estos casos, consideramos, la regla debiera ser que el laudo pueda ser anulado (sin perjuicio del análisis particular). Ello porque con el voto de dos árbitros aparentemente parcializados se puede decidir el sentido del laudo arbitral.

Un criterio similar ha sido recogido por el Tribunal de Apelaciones de El Cairo, en *Shuttering Construction Company contra Hourus for Doors and Windows Systems* (caso 92 de JY, 2019). En este, el Tribunal de Apelaciones anuló un laudo arbitral por cuanto el presidente y el coárbitro no revelaron una relación existente entre ellos.

En particular, inmediatamente después de la emisión del laudo, el demandado (vencido) tomó conocimiento de que el presidente del tribunal arbitral era un cliente regular del árbitro designado por el demandante y ninguno de los dos lo reveló. En este sentido, la Corte de Apelaciones sostuvo que el arbitraje es una vía excepcional al proceso y se basa en el consentimiento de las partes para resolver sus controversias a través del arbitraje, es decir, la voluntad de las partes es la esencia del arbitraje y define su alcance y procedimiento.

En dicha controversia, tanto el presidente como el árbitro designado por el demandante no revelaron la relación existente entre ellos antes del inicio del procedimiento arbitral, lo que generaba dudas sobre su imparcialidad e independencia, requisitos fundamentales para el nombramiento de cualquier árbitro.

Otro caso similar se llevó ante la International Commercial Arbitration Court (ICAC) (2011). En este, dos empresas rusas, Maximov contra NLMK, disputaron por un acuerdo de compraventa de acciones. El tribunal arbitral designado laudó a favor de Maximov.

En la Federación de Rusia, NLMK presentó una acción ante el Tribunal de Arbitrazh (Comercial) solicitando la anulación del laudo, pues había tomado conocimiento de que dos de los árbitros del ICAC no revelaron que eran empleados de las mismas instituciones que emplearon a dos de los peritos de Maximov.

La corte emitió una decisión y anuló el laudo de la ICAC, al determinar que la composición del tribunal arbitral no estaba conforme con el acuerdo de las partes. Este laudo anulado trató de ser ejecutado posteriormente en Reino Unido, y se denegó (Tribunal Superior de Justicia de Reino Unido, 2017).

Como vemos, en esta clase de supuestos, la validez del laudo difícilmente podrá ser sostenida, en tanto en cuanto existe plena trascendencia de la aparente parcialidad de los árbitros, lo cual vulnera la garantía constitucional a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial. Esto, a nuestra consideración, se enmarcaría indistintamente en los literales b) o c) del inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, sin necesidad de probar otros actos por los que se hayan vulnerado los derechos del solicitante.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

Para finalizar este trabajo, podemos recoger los siguientes puntos:

- Las principales reformas que se pueden dar al arbitraje, en lo que respecta a anulaciones de laudo, no necesariamente deben ser recogidas por una modificación normativa, sino por la determinación de criterios jurisprudenciales correctos de nuestra judicatura.
- Los supuestos de anulación de laudo arbitral por incumplimiento del deber de revelación requieren la adopción de un criterio que sea armónico con el hecho de que nuestro ordenamiento jurídico ha adoptado la teoría de la apariencia, así como con los principios que circunscriben la institución arbitral y, en general, el sistema de justicia.
- En tal sentido, no es correcto el Primer Enfoque, por el que cualquier incumplimiento del deber de revelación puede dar lugar a la anulación del laudo, así como tampoco lo es el Segundo Enfoque, por el que se exige al solicitante de la anulación que pruebe de manera directa una afectación a sus derechos.
- A nuestra consideración, ambas posturas deben ser armonizadas con los principios antes mencionados para llegar a un punto medio (o Tercer

Enfoque), y que se recojan criterios uniformes y razonados sobre los casos en los que el incumplimiento del deber de revelación puede derivar en una anulación del laudo arbitral. El presente texto ha buscado contribuir al establecimiento de dichos criterios.

- Para ello, el estándar para anular un laudo podría ser el de “manifiesto incumplimiento del deber de imparcialidad o independencia”; por lo tanto, debe ser matizado con el principio de trascendencia para la nulidad, con base en las circunstancias que hemos ejemplificado en el numeral 5.2 de este trabajo.

REFERENCIAS

- American Arbitration Association. (2013). *Commercial arbitration rules and mediation procedures*. https://www.adr.org/sites/default/files/CommercialRules_Web-Final.pdf
- Arrarte, A. (2015). Apuntes sobre la causal de anulación de laudos por materia no arbitrable, y su invocación de oficio. *Ius et Veritas*, 24(50), 240-255. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/14818>
- Caivano, R. (2000). *Arbitraje* (2.ª ed.). Ad-Hoc.
- Cantuarias, F. (1994). Comentario acerca de algunas disposiciones sobre arbitraje internacional contenidas en la Ley General de Arbitraje. *Ius et Veritas*, 5(8), 69-74. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15423>
- Casación 2267-2017 (Lima). (2017, 27 de noviembre). Corte Suprema de Justicia de la República: Sala Civil Transitoria. https://jurisprudencia.pj.gob.pe/jurisprudenciaweb/ServletDescarga?uuid=67967534-763a-413e-8647-613f8dad8312&fbclid=IwAR3sScBMWQJQ4f_ev0g48fG3jQm0nuuvWE5asjNkNw589pN141grRDVIMVc
- Castillo Freyre, M., & Vásquez Kunze, R. (2007). *Arbitraje. El juicio privado: la verdadera reforma de la justicia*. Palestra Editores; Garrigues Cátedra; Estudio Mario Castillo Freyre.
- Congreso de la República del Perú. (s. f.). Archivo Digital de la Legislación del Perú. https://leyes.congreso.gob.pe/LeyNume_1p.aspx?xEstado=2&xTipoNorma=0&xTipoBusqueda=4&xFechaI=&xFechaF=&xTexto=&xOrden=0&xNormal=&xNormaF
- Corte de Apelación de Inglaterra y Gales (División Civil). (2000). *AT & T Corporation & Anor v. Saudi Cable Company*. Case N° QBCMF 1999/1200/A3. <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff8cc60d03e7f57ecd962>
- Corte de Apelaciones de California. (1976). *Wheeler v. St. Joseph Hospital*, Court of Appeals of California, Fourth Appellate District, Division Two.

- Corte Suprema de los Estados Unidos de América. (1969). Commonwealth Coatings Corp., Petitioner, v. Continental Casualty Co. et al. <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/393/145>
- Cour d'appel de Paris (1ère Chambre-Section C). (2009). S. A. J & P Avax S. A. c. Société Tecnimont SPA.
- De Trazegnies, F. (2011). Art. 28°.- Motivos de abstención y de recusación. En C. A. Soto Coaguila & A. Bullard González (Coords.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* (t. I, pp. 333-355). Instituto Peruano de Arbitraje.
- Gabriel Tomas, A., Santos Sánchez, M., & Villegas Porras, A. (2018). Las cláusulas patológicas en los convenios arbitrales. *Ius et Tribunalis*, 4(4), pp. 123-136. <http://dx.doi.org/10.18259/iet.2018008>
- González de Cossío, F. (2002). Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros. *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, (32), 459-479. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/32/pr/pr26.pdf>
- Matheus, C. (2010). Contenido y alcances de la independencia e imparcialidad del árbitro en el sistema del CIADI. *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 3(2), 459-484.
- Monroy, J. (2013). Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil. En Asociación Civil *Ius et Veritas*, *Estudios de Derecho Procesal Civil* (pp. 505-506).
- Montero Aroca, J. (2006). Derecho a la imparcialidad judicial. Comentario al artículo II-107 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, (7), 69-112.
- Montoro, A. (1984). Ideologías y fuentes del derecho. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, (40), 59-84.
- Mourre, A. (2018). *El soft law como condición para el desarrollo de la confianza en el arbitraje internacional*. CEU Ediciones. <http://www.ideo.ceu.es/Portals/0/CIAMEN/Docuweb%20Hugo%20Grocio%20n%C2%BA%208.pdf?ver=2018-10-01-180115-397>
- Osterling, F., & Miró Quesada, G. (2013). Conflicto de intereses: el deber de declaración y revelación de los árbitros. *Derecho & Sociedad*, (44), 245-255.
- Picado, C. (2014). El derecho a ser juzgado por un juez imparcial. *Revista de IUDEX*, (2), 31-62. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32673-1.pdf>

- Primera Sala de Primera Instancia de Beirut. (2010, 19 de mayo). No indicado v. No indicado, 18/47. <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-1133110-n?q=annulment%20AND%20non-disclosure>
- Sentencia de vista recaída en el Expediente 133-2016 (Lima). (2016, 1 de diciembre). Corte Superior de Justicia de Lima: Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial.
- Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Noveno Circuito. (1994). F.3d 1043.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente 00004-2006-PI/TC (Lima). (2006, 29 de marzo). Tribunal Constitucional: Pleno Jurisdiccional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00004-2006-AI.pdf>
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente 00023-2003-AI/TC (Lima). (2004, 9 de junio). Tribunal Constitucional: Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00023-2003-AI.pdf>
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente 1816-2003-HC/TC (Lima). (2004, 20 de abril). Tribunal Constitucional: Primera Sala. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/01816-2003-HC.html>
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente 06135-2006-PA/TC (Ica). (2007, 19 de octubre). Tribunal Constitucional: Sala Primera. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/06135-2006-AA.pdf>
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente 00512-2013-PHC/TC (Pasco). (2013, 19 de junio). Tribunal Constitucional: Pleno Jurisdiccional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00512-2013-HC.html>
- Simons, A. (2018). El deber de revelación y la anulación de laudos. *Jurídica. Suplemento de Análisis Legal de El Peruano*, 12(713), 6-7. <https://elperuano.pe/suplementosflipping/juridica/713/web/pagina03.html>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2002). *Morris vs. Reino Unido*, Sentencia 38784/97.
- Tribunal Federal de Justicia de Alemania. (2019, 31 de enero). BGH - I ZB 46/18, I ZB 46/18. <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-ons-19-28-001?q=annulment%20AND%20non-disclosure>
- Tribunal Superior de Justicia de Reino Unido. (2017). N.º 109, *Nikolay Viktorovich Maximov v. Open Joint Stock Company*. <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-icca-yb-xlii-524-n?q=annulment%20AND%20non-disclosure>

BIBLIOGRAFÍA

Clay, T. (2001). *L'arbitre*. Dalloz.

Guzmán-Barrón Sobrevilla, C., Zúñiga Maraví, R., & Seminario Reyes, C. (2016). Ética en el arbitraje de contratación pública: problemas y soluciones. *Arbitraje PUCP*, (6), 94-116. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/17029>

Mantilla-Serrano, F. (2010-2011). Breves comentarios sobre la nueva Ley Peruana de Arbitraje. *Lima Arbitration*, (4), 37-52. https://issuu.com/limaarbitration/docs/fernando_mantilla-serrano

Mongrell, D. (2014). La ejecución de laudos anulados en el arbitraje comercial internacional. *Lecciones y Ensayos*, (93), 149-180. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/93/la-ejecucion-de-laudos-anulados-en-el-arbitraje-comercial-internacional.pdf>

ARBITRAJE EN EL SEGURO OBLIGATORIO DE ACCIDENTES DE TRÁNSITO (SOAT)

FRANK GARCÍA ASCENCIOS*
Universidad de Lima, Lima, Perú

ALAN GAMARRA LEIVA**
Universidad de Lima, Lima, Perú

Recibido: 30 de septiembre del 2021 / Aprobado: 1 de diciembre del 2021

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2022.n054.5456>

RESUMEN. El arbitraje en el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) es especializado y resuelve los conflictos sobre la cobertura del seguro por incapacidad temporal, invalidez permanente, gastos médicos, muerte y gastos de sepelio. El artículo desarrolla la noción, las características, las estadísticas y la experiencia de este tipo de arbitraje. Analiza, además, la problemática que genera su regulación por medio de una norma infralegal (la obligatoriedad debe sustentarse en una ley o norma con rango de ley y no en un reglamento). Por último, el texto pretende brindar una interpretación integral de acuerdo con la cual hoy se está ante un arbitraje facultativo en la medida en que es el asegurado o beneficiario quien decide si el arbitraje debe o no iniciarse.

PALABRAS CLAVE: arbitraje / Ceconar / cobertura / constitución / seguros / SOAT

ARBITRATION OF THE COMPULSORY TRAFFIC ACCIDENT INSURANCE (SOAT)

ABSTRACT. Arbitration of the Compulsory Traffic Insurance (SOAT) is specialized in resolving conflicts over insurance coverage for temporary and permanent disability, medical, death, and burial expenses. The article develops the notion, characteristics, statistics and experience of this type of arbitration. It also analyzes the problem of its regulation by a sub-legal norm (obligation must be based on a law or norm with legal rank, and not on a regulation). Finally, the text aims to provide a comprehensive interpretation considering that today we arbitration is optative, as it depends on ether the insured or beneficiary decide if arbitration should proceed.

KEYWORDS: arbitration / Ceconar / coverage / constitution / insurance / SOAT

* Abogado y magíster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima. Máster en Derecho (LLM) por la Universidad de Hawai'i at Manoa, Estados Unidos de América. Máster en Seguros y Gerencia de Riesgos por la Universidad Pontificia de Salamanca, España. Árbitro. Profesor en la Universidad de Lima.

** Abogado por la Universidad de Lima. Graduado de la Escuela de Posgrado de la Universidad de Lima. Especialista en derecho administrativo y procedimiento sancionador con mención en el sector salud.

1. INTRODUCCIÓN

Ante el surgimiento de controversias, la Constitución Política del Perú¹ señala que el Poder Judicial, órgano jurisdiccional, es el competente para conocer y resolver estas situaciones. No obstante, la norma nacional indica también que pueden ser resueltas mediante arbitraje. En tal sentido, el arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos en el que un tercero, denominado árbitro, procede a emitir un pronunciamiento definitivo, llamado laudo arbitral, sobre la controversia sometida a su conocimiento.

Por otra parte, el arbitraje se ha expandido a diversas materias del derecho, por lo que ahora el estudio de este mecanismo de resolución de conflictos es abordado desde el ámbito especializado. Si bien el arbitraje posee nociones generales o esenciales, no debe dejarse de lado su especificidad, pues cada tipo de arbitraje goza de características particulares, las cuales dependen de su regulación y aplicación. Así, se cuenta con materias especializadas como, por ejemplo, contratación privada y pública, expropiación, negociación colectiva, consumo, estatutario, salud y seguros.

En tal contexto, surge el arbitraje especializado en materia del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT). Se trata de una clase de arbitraje poco conocida, pero que posee acreditada experiencia. Este mecanismo permite la solución de conflictos en las contingencias sobre la cobertura del SOAT, tales como la incapacidad temporal, la invalidez permanente, los gastos médicos, el fallecimiento y los gastos de sepelio.

El presente artículo busca desarrollar la regulación y aplicación de este arbitraje especializado. Finalmente, reflexiona sobre los problemas en su técnica legislativa, la cual genera cuestionamientos sobre su legalidad dentro del marco jurídico vigente.

2. ARBITRAJE

El arbitraje es un mecanismo de solución de conflictos alternativo al Poder Judicial. Es un medio alterno a la vía ordinaria de justicia estatal. En la doctrina, se conceptualiza como un mecanismo “heterocompositivo” debido a que es un tercero, denominado árbitro, quien resuelve las controversias mediante la emisión de un laudo arbitral de carácter inapelable.

1 “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”.
“Artículo 63. Inversión nacional y extranjera. 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”.

En palabras de González de Cossío (2011, p. 17),

al hablar de arbitraje se debe contemplar procedimientos que involucran los siguientes elementos: (1) la existencia de una controversia; (2) cuya solución vendrá de un tercero que es particular y no una autoridad; (3) cuya decisión es final (no sujeta a apelación); (4) vinculatoria (no sugestiva).

El árbitro cuenta con la competencia para conocer y resolver el caso debido al convenio arbitral celebrado entre las partes, que es el acuerdo voluntario para llevarlo a un arbitraje. El convenio arbitral “representa la confianza en el arbitraje; la luz verde para adoptar este mecanismo alternativo” (García Ascencios, 2020, p 159).

Producto de esta confianza en el arbitraje, el árbitro emite un pronunciamiento final, denominado laudo arbitral, sobre aquellas cuestiones litigiosas o dudosas propuestas por las partes. El laudo arbitral es inapelable y tiene efectos de cosa juzgada. Esta decisión final puede ser conocida posteriormente en la vía judicial solo por causales expresamente señaladas en la Ley de Arbitraje².

A pesar de ser una regla esencial la voluntariedad para someterse al arbitraje, no es anómalo que surja también por disposición de la ley, es decir, el convenio arbitral podría ser de carácter forzoso³ o facultativo⁴. En el primero, las partes deben someterse obligatoriamente a este mecanismo alternativo. En contraste, en el segundo, una de las partes está obligada a acudir al arbitraje si es que la otra lo inicia.

3. SEGURO OBLIGATORIO DE ACCIDENTES DE TRÁNSITO (SOAT)

El SOAT es un seguro obligatorio en el país, que nace de un contrato de seguro que puede definirse como el acuerdo en el cual

el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado, o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas. (Máster en Seguros y Gerencia de Riesgos, 2017 p. 16)

2 El Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (o Ley de Arbitraje), regula las causales de anulación del laudo arbitral en su artículo 63 y en la duodécima disposición complementaria.

3 A pesar de la discusión doctrinaria sobre la calidad de forzoso del arbitraje en contratación pública, podría considerarse como un arbitraje obligatorio debido a que, generalmente, toda controversia entre el contratista y el Estado se resuelve en la vía arbitral.

4 Un ejemplo es el arbitraje en el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR), respecto al cual el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 02513-2007-PA/TC, dispone que es voluntario para el trabajador o asegurado. En cambio, la aseguradora está obligada a acudir al arbitraje siempre que el trabajador o asegurado lo inicie. Si ellos no se someten a aquel, entonces no podrá continuarse con la tramitación.

Asimismo, el SOAT se encuentra regulado en la Ley 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre⁵. La ley recoge la obligatoriedad para que todo vehículo automotor que circule en el territorio nacional cuente necesariamente con una póliza de seguros vigente, que sirve para brindar cobertura a todas las personas, sean ocupantes o terceros no ocupantes, que sufran lesiones o muerte como producto de un accidente de tránsito.

Tiempo después, el Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito fue emitido y aprobado por el Decreto Supremo 049-2000-MTC⁶, el cual debido a las modificaciones realizadas por los Decretos Supremos 036-2001-MTC, 044-2001-MTC y 014-2002-MTC sistematizó el Texto Único Ordenado aprobado por el Decreto Supremo 024-2002-MTC⁷. Esta disposición afianza al SOAT como un seguro cuyo propósito es reparar el daño causado no solo al asegurado y a los ocupantes de un vehículo, sino también a los no ocupantes afectados por el accidente de tránsito.

En este marco, la obligatoriedad del SOAT es importante en el país debido a que, en el mundo, en el 2018 las muertes por accidentes de tránsito se incrementaron en un promedio anual de 1,35 millones, según cifras de la Organización Mundial de la Salud (2018). Frente a este panorama, resulta imperativo otorgar una cobertura legal ante los casos de accidentes de tránsito. Así, el SOAT brinda la cobertura máxima por cada persona, ocupante o tercero no ocupante de un vehículo asegurado. La cobertura es la siguiente:

- | | |
|--------------------------|--------------------------------------|
| a. Incapacidad temporal: | 1 unidad impositiva tributaria (UIT) |
| b. Invalidez permanente: | 4 UIT |
| c. Gastos médicos: | 5 UIT |
| d. Muerte: | 4 UIT |
| e. Gastos de sepelio: | 1 UIT |

La cobertura del SOAT debe activarse inmediatamente luego del accidente de tránsito. Esa es la razón de ser de su obligatoriedad, y no debe ser necesaria ninguna tramitación administrativa adicional⁸ que la sola constatación del accidente de tránsito,

5 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 8 de octubre de 1999.

6 Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 11 de octubre del 2020.

7 Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 14 de junio del 2002.

8 En esa misma línea, el artículo 14 del Decreto Supremo 024-2002-MTC regula lo siguiente: "El pago de los gastos e indemnizaciones del seguro a que se refiere el presente Reglamento se hará sin investigación ni pronunciamiento previo de autoridad alguna, bastando la sola demostración del accidente y de las consecuencias de muerte o lesiones que éste originó a la víctima, independientemente de la responsabilidad del conductor, propietario del vehículo o prestador del servicio, causa del accidente o de la forma de pago o cancelación de la prima, lo cual deberá constar expresamente en el contrato de la póliza de seguro".

debido a su naturaleza social. No obstante, al igual que todo seguro, este también tiene exclusiones de cobertura, tales como los daños causados en carreras de automóviles y otras competencias de vehículos motorizados; los ocurridos fuera del territorio del Perú; los acaecidos en lugares no abiertos al tránsito público; los sucedidos como consecuencia de guerras, sismos u otros casos fortuitos enteramente extraños a la circulación del vehículo, y producto del suicidio y la comisión de lesiones autoinferidas utilizando el vehículo automotor asegurado.

En tal sentido, la cobertura de este seguro presenta una característica predominantemente social, debido a que se encuentran los siguientes aspectos: (a) no existe límite en el número de personas cobaturadas, (b) los montos asegurados no se reducen con la ocurrencia de los accidentes, (c) no es necesario el pronunciamiento de autoridad alguna para atender a las víctimas y (d) todos los vehículos automotores que circulen por el territorio del Perú deben contar con SOAT.

4. ARBITRAJE Y SOAT

A pesar de que la cobertura del SOAT debe brindarse sin más constatación que la del accidente de tránsito, la misma norma establece un procedimiento especial⁹ para resolver las controversias sobre la cobertura del seguro. Este procedimiento se inicia cuando la compañía aseguradora, el tomador del seguro o la víctima del accidente no se encuentran de acuerdo, en todo o parte, con el dictamen emitido por el médico tratante, referido a la naturaleza y el grado de invalidez o incapacidad, es decir, no están conformes con

9 Artículo 31 del Decreto Supremo 024-2002-MTC: "La naturaleza y grado de invalidez o incapacidad serán determinados por el médico tratante. Si la compañía de seguros, el tomador del seguro o la víctima del accidente no coincidieran en todo o en parte con el dictamen, la discrepancia será resuelta ante el Instituto Nacional de Rehabilitación, entidad a la que se podrá recurrir dentro del término improrrogable de diez días de conocido el dictamen del médico tratante, como única instancia administrativa, pudiendo el interesado adjuntar las pruebas o exámenes que estime pertinentes. El pronunciamiento del Instituto Nacional de Rehabilitación será recurrible únicamente, vía arbitraje, dentro del término improrrogable de tres días, computados desde la fecha de su notificación a las partes, ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud, conforme al procedimiento y reglamentos vigentes de dicho Centro, o ante otros centros de solución de controversias especializados en salud y que cuente con autorización oficial. En cualquier caso, la compañía de seguros estará obligada al pago de los beneficios no disputados".

Artículo 33 del Decreto Supremo 024-2002-MTC: "Las indemnizaciones previstas en el presente Reglamento se pagarán al beneficiario, dentro del plazo máximo de diez (10) días siguientes a la presentación de los antecedentes que a continuación se indican: c) En caso de invalidez permanente o incapacidad temporal, certificado médico expedido por el médico tratante; en caso de discrepancia, dictamen o resolución administrativa firme del Instituto Nacional de Rehabilitación o laudo arbitral que decida o resuelva en definitiva sobre la naturaleza y/o grado de la invalidez y/o incapacidad expedido por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud u otro centro de solución de controversias especializado en salud autorizado oficialmente, al que se sometan las partes en conflicto".

lo expresado por el médico tratante. Tal situación afecta la cobertura económica a otorgarse, sea por invalidez permanente o incapacidad temporal.

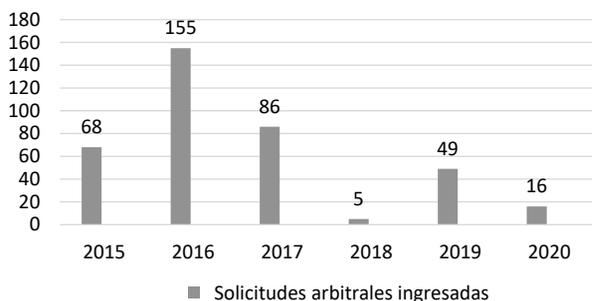
Frente a este escenario, la controversia es resuelta por el Instituto de Nacional de Rehabilitación (INR), entidad a la que se recurre dentro del plazo improrrogable de diez días de conocida la citada opinión médica, como única instancia administrativa, pudiendo el interesado adjuntar los medios probatorios que estime pertinentes. En caso de que la compañía aseguradora, el tomador del seguro o la víctima del accidente no estén de acuerdo con este pronunciamiento, entonces podrán recurrir únicamente a un arbitraje dentro del término improrrogable de tres días desde la notificación del dictamen del INR.

Dado que el arbitraje es el mecanismo de solución de conflictos para resolver las discrepancias ante el dictamen emitido por el INR, el asegurado o beneficiario podrá recurrir dentro del plazo al Centro de Conciliación y Arbitraje (Ceconar) de la Superintendencia Nacional de Salud (Susalud), conforme al procedimiento y los reglamentos vigentes de dicho centro, o ante otros centros de solución de controversias especializados en salud y que cuenten con autorización oficial. Susalud es un organismo técnico especializado adscrito al Ministerio de Salud que tiene como principal función la promoción, protección y defensa de los derechos en salud de los peruanos. En la estructura de esta institución se creó el Ceconar como órgano resolutorio que cuenta con autonomía técnica y funcional, competente para la administración de las controversias que surjan en la materia especializada de salud.

Entonces, así se perfila la figura del arbitraje como mecanismo de solución de conflictos ante las discrepancias en la determinación de la naturaleza y el grado de invalidez o incapacidad, debido a que existe disconformidad sobre el pronunciamiento final del INR. En la práctica, este arbitraje especializado es gestionado únicamente por el Ceconar, entidad que cuenta con estadística sobre el número de casos ingresados por conflictos sobre la cobertura del SOAT.

Figura 1

Estadística de arbitraje en SOAT (2015-2020)



Las controversias sobre el SOAT que se presentan son las siguientes: (a) por incapacidad temporal, (b) por invalidez permanente, (c) por gastos médicos, (d) por muerte y (e) por gastos de sepelio.

Figura 2

Procedimiento especial



En la práctica arbitral¹⁰, los conflictos que se presentan continuamente son por la incapacidad temporal e invalidez permanente, debido a que debe calcularse el monto a pagar en caso de incapacidad e invalidez, ya que la cobertura es por montos máximos, pudiendo existir contingencias sobre el pago.

Con relación a los conflictos de incapacidad temporal, resulta importante precisar que el monto máximo de cobertura es 1 UIT. La controversia está centrada en la discusión de los días de incapacidad determinados por el INR. El pago por cada día de incapacidad temporal será el equivalente a la treintava parte de la remuneración mínima vital vigente al momento de otorgarse la prestación hasta el monto máximo de 1 UIT.

Sobre ello, en el Expediente 183-2015-ARB-SOAT del 2017, el árbitro único resolvió lo siguiente:

La remuneración mínima vital que debe tomarse en cuenta para el pago de la prestación es la vigente al momento de efectuar dicho pago. En consecuencia, en el caso concreto, se deberá pagar los días de incapacidad temporal en función de la remuneración mínima vital vigente en la actualidad con respecto a los días que no se hubieren abonado. Si no hubiera realizado ningún pago por este concepto la actual remuneración mínima vital servirá para el pago de los días señalados esto es de 310 días, siendo el tope una (01) U.I.T. vigente. Es decir, el pago por la incapacidad debería ser S/ 8,782.30 (Ocho Mil Setecientos Ochenta y Dos con 30/100), pero por el límite legal es de una (01) UIT por lo que corresponde el pago de S/ 4,050 (Cuatro Mil Cincuenta con 00/100).

¹⁰ Los autores agradecen a los árbitros por compartir sus laudos, a fin de elaborar este artículo.

En este caso, el pago por la incapacidad temporal se redujo al ser 1 UIT el límite máximo de cobertura del SOAT. Por otro lado, en el Expediente 097-2017-ARB-SOAT del 2017, el árbitro único resolvió lo siguiente:

Conforme al artículo 29° del Texto Único Ordenado del Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito, aprobado por DECRETO SUPREMO N° 024-2002-MTC, el pago por cada día de incapacidad temporal será el equivalente a la treintava (1/30) parte de la Remuneración Mínima Vital vigente al momento de otorgarse la prestación hasta el monto establecido, que en la actualidad es de 850 soles. Por lo tanto, el monto diario equivale a S/. 28.33 soles. En ese sentido, el pago por los 104 días de incapacidad temporal asciende a S/. 2,946.66 soles.

Esta vez se otorgó una cantidad menor a una 1 UIT debido a que del cálculo de los días de incapacidad el monto no llegó al límite máximo establecido en la ley. Asimismo, es necesario tener en cuenta que estas cifras dependerán del monto actual de la remuneración mínima vigente y de la UIT.

Con respecto a los conflictos de invalidez permanente, el monto máximo de cobertura es de cuatro 4 UIT. La controversia está destinada a determinar el porcentaje de invalidez de la persona producto del accidente de trabajo. La norma contiene una tabla de indemnizaciones por invalidez permanente, en que dependerá del daño para conocer cuál será la indemnización a percibirse.

En el Expediente 083-2015-ARB-SOAT del 2016, el árbitro único resolvió lo siguiente:

Que, de la revisión de la *Tabla de Indemnizaciones por invalidez permanente* [énfasis añadido], este Árbitro Único, determina que, para la configuración de invalidez permanente parcial, en el presente caso le corresponde el pago de la indemnización en el rubro por miembro inferior por fractura no consolidada de un muslo equivalente al 35% de un máximo de cuatro (4) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), ello en función al diagnóstico emitido por el Instituto Nacional de Rehabilitación (Lumbociatalgia izquierda)

...

Que, el Árbitro Único, ha establecido que el monto asignado equivalente al 35% de un máximo de cuatro (4) (UIT) asciende a la suma S/ 5, 530.00 (Cinco Mil Quinientos treinta y 00/100 soles), correspondientes a la invalidez permanente parcial que padece el demandado.

En el presente caso, el árbitro empleó la tabla de indemnizaciones del Decreto Supremo 024-2002-MTC, a fin de determinar el porcentaje y calcular el pago por la invalidez producto del accidente de tránsito.

Con relación a los conflictos de gastos médicos, el límite de la cobertura es de 5 UIT. Las controversias sobre los gastos se presentan entre la institución prestadora de servicios de salud (Ipress) —dígase, establecimiento de salud— y la institución administradora de

fondos de aseguramiento en salud (lafas) —aseguradora—, debido al gasto general por la atención a los asegurados o beneficiarios producto del accidente de tránsito. En ese sentido, tales conflictos no involucran al asegurado, sino a la financiadora y la prestadora del servicio de salud.

En el Expediente 025-2007-ARB-SOAT del 2008, el árbitro único resolvió lo siguiente:

Declaro INFUNDADA la demanda interpuesta por X SEGUROS Y REASEGUROS S.A. contra el HOSPITAL X del Ministerio de Salud por lo que no son procedentes las observaciones realizadas por la demandante a los gastos de reembolso de las dos atenciones médicas brindadas en el marco del Seguro Obligatorio contra Accidentes de Tránsito presentada por el demandado, y en consecuencia no procede realizar el recálculo de los montos cobrados por el demandado, debiendo X abonar lo correspondiente a las facturas de las dos atenciones médicas, si es que a la fecha no se hubiera abonado.

Por consiguiente, estos casos se enfocan en el análisis de los gastos médicos en el establecimiento de salud. El arbitraje es una herramienta útil para solucionar estos impases entre Ipress e lafas. Por último, no sucede el mismo nivel de contingencias en caso de muerte y gastos de sepelio, debido a que esta cobertura es inmediata al constatare el fallecimiento y sepelio del accidentado.

5. PROBLEMÁTICA SOBRE LA REGULACIÓN DEL ARBITRAJE EN EL SOAT

El arbitraje es un mecanismo esencialmente voluntario. La Constitución garantiza que toda persona pueda elegir con quién contratar y bajo qué términos hacerlo, siempre respetando el marco jurídico existente, es decir, regula la noción de autonomía privada, poder reconocido para proceder conforme a los propios intereses.

En esa misma línea, el numeral 1 del artículo 2 del Decreto Legislativo 1071, Ley de Arbitraje, establece la voluntariedad del arbitraje al recoger la posibilidad de someter a arbitraje aquellas controversias que sean de libre disposición de acuerdo con el derecho, así como las que son autorizadas por la ley o los tratados o acuerdos internacionales.

La Ley de Arbitraje utiliza como criterio principal la disponibilidad¹¹ para someter controversias al arbitraje. En palabras sencillas, las partes pueden someter a arbitraje

11 Lorca Navarrete y Silguero Estagnan (1994, p. 38) afirman que la disponibilidad es “aquella sobre las que las partes están facultadas para ejercer su autonomía de voluntad con la válida creación, extinción, modificación o configuración de relaciones jurídicas, esto es, la potestad normativa creadora que, a través del negocio jurídico, expresión de ese poder o libertad y fuente de disposiciones, reglamentaciones o normas privadas, el Ordenamiento reconoce y ampara, en tanto se ejercite sobre el ámbito que previamente le señala y que es el representado por los propios intereses de las partes negociales o, en términos negativos, en tanto no recaiga sobre materia sustraída a la autorregulación de los particulares, ya de todos —indisponibilidad absoluta—, ya de aquellos que dictan *lex privata* sobre asuntos que solo pueden ser reglamentados con los negocios celebrados por otros- indisponibilidad relativa”.

toda controversia o conflicto de intereses que no se encuentre circunscrito a la competencia exclusiva del Poder Judicial. No obstante, la ley dispone además que resulta arbitrable toda materia que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen, lo cual es relevante debido a que nuevas materias pueden ser materia arbitral por disposición de una ley o norma con rango de ley.

Sobre el particular, resulta controvertido que sea una norma infralegal, como el Decreto Supremo 024-2002-MTC, la que establezca la obligación de someter al arbitraje todas aquellas controversias surgidas a partir del dictamen emitido por el INR. El arbitraje se origina por mandato de la ley, no de una norma reglamentaria, lo cual contraviene la Constitución y la Ley de Arbitraje. Si para el tomador del seguro ya es ilegal el sometimiento obligatorio a este arbitraje, lo será en mayor dimensión someter a este sistema arbitral al tercero, no tomador del seguro, que no expresa su voluntad de celebrar el contrato de seguro, sino que es un beneficiario de su cobertura, quien es un tercero que no ha conocido ni ha podido conocer, usando la diligencia ordinaria, las condiciones de contratación del seguro del SOAT.

En tal escenario, resulta normal que el asegurado o beneficiario que no quiera someterse al arbitraje deduzca la excepción de incompetencia en el arbitraje si la demanda arbitral es presentada por la aseguradora, con el objetivo de que el árbitro se declare no competente para conocer el caso. Esta problemática debe ser analizada por el legislador.

Así, se sugiere mejorar la calidad regulatoria sobre el arbitraje en el SOAT, a fin de proceder dentro del marco de la legalidad. Entonces, la interpretación que debe brindarse a la actual regulación del arbitraje en el SOAT es que se está ante la figura de un arbitraje potestativo, es decir, el sometimiento al arbitraje dependerá de la decisión del asegurado o beneficiario del seguro, no de la aseguradora, conforme a precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional en otras áreas, como el SCTR¹².

6. CONCLUSIONES

El arbitraje en el SOAT es un arbitraje especializado. El Ceconar es el órgano resolutor que tiene un rol esencial en la solución de estos conflictos, en donde se discuten las controversias sobre la cobertura del seguro: incapacidad temporal, invalidez permanente, gastos médicos, muerte y gastos de sepelio.

La experiencia arbitral muestra que los conflictos que se presentan en el SOAT son por las coberturas de incapacidad temporal, invalidez permanente y gastos médicos.

12 En el SCTR existe una similar técnica legislativa que en el SOAT. Es decir, se regula el arbitraje por una norma infralegal. Al respecto, el Tribunal Constitucional señala que "el arbitraje voluntario será inconstitucional si es iniciado por la Aseguradora Privada o por la Oficina de Normalización Previsional y el asegurado o beneficiario no desea someterse a él".

El primero debido a las contingencias sobre los días de incapacidad del accidentado. El segundo debido al porcentaje del daño corporal del accidentado. El tercero sobre las contingencias por los gastos de atención médica.

La calidad regulatoria del arbitraje en el SOAT resulta controvertida, debido a que sustenta la obligatoriedad en una norma infralegal. En ese sentido, debe mejorarse la técnica legislativa, a fin de que brinde garantías al sistema arbitral, conforme al marco legal vigente. En la actualidad, la interpretación que ha de brindarse es que el arbitraje en el SOAT tiene naturaleza potestativa, dependiendo del asegurado o beneficiario si el arbitraje debe o no iniciarse.

El arbitraje en el SOAT es escasamente conocido en el medio. Se espera haber brindado algunas reflexiones sobre su aplicación en el sistema nacional vigente.

REFERENCIAS

- Constitución Política. 1993 (Perú). <https://www.gob.pe/institucion/presidencia/informes-publicaciones/196158-constitucion-politica-del-peru>
- García Ascencios, F. (2020). Arbitraje y contratación pública en servicios de salud. *Ius et Praxis*, (50-51), 157-168. <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2020.n50-51.5053>
- González de Cossío, F. (2011). *Arbitraje* (1.ª ed.). Porrúa.
- Lorca Navarrete, A. M., & Silguero Estagnan, J. (1994) *Derecho de arbitraje español. Manual teórico-práctico de jurisprudencia arbitral española*. Dykinson.
- Máster en Seguros y Gerencia de Riesgos. (2017). Investigación Cooperativa entre Entidades Aseguradoras y Fondos de Pensiones (ICEA).
- Organización Mundial de la Salud. (2018, 7 de diciembre). *Nuevo informe de la OMS destaca que los progresos han sido insuficientes en abordar la falta de seguridad en las vías de tránsito del mundo*. OPS. https://www3.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=14857:new-who-report-highlights-insufficient-progress-to-tackle-lack-of-safety-on-the-world-s-roads&Itemid=1926&lang=es

BIBLIOGRAFÍA

- Montero Aroca, J. (1999). *Introducción al derecho jurisdiccional peruano*. Enmarce.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente 03426-2008-PHC/TC (Lima Norte). (2010, 26 de agosto). Tribunal Constitucional: Sala Segunda. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03426-2008-HC.html>

ÁRBITRAJE LABORAL Y ÁRBITRAJE POPULAR: JUNTOS, PERO NO REVUELTOS

JOSÉ ANDRÉS PIEDRA PEREIRA*
Universidad de Lima, Lima, Perú

Recibido: 30 de septiembre del 2021 / Aprobado: 1 de diciembre del 2021

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2022.n054.5453>

RESUMEN. Sobre la base del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos, se plantea el alcance que este tendría para la resolución de los conflictos laborales individuales, atendiendo a los requisitos establecidos en la Nueva Ley Procesal del Trabajo para acudir a la jurisdicción arbitral.

PALABRAS CLAVE: arbitraje popular / arbitraje laboral individual / Nueva Ley Procesal del Trabajo / materias de libre disponibilidad

LABOR ARBITRATION AND POPULAR ARBITRATION: TOGETHER, BUT NOT MIXED UP

ABSTRACT. This article considers arbitration as an alternative dispute resolution mechanism to discuss the scope of arbitration in resolving individual labor disputes, regarding the requirements for resorting to arbitration jurisdiction established in the New Labor Procedure Law.

KEYWORDS: popular arbitration / individual labor arbitration / New Labor Procedure Law / freely available matters

* Abogado por la Universidad de Lima. Magíster en Derecho Laboral por la Universidad de San Martín de Porres. Subgerente de Relaciones Laborales del Banco de Crédito del Perú. Excoordinador de edición y coordinador general de *Ius et Praxis*, revista oficial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Miembro del Colegio de Abogados de Lima.

1. INTRODUCCIÓN

No es desconocido que el arbitraje, como mecanismo alternativo de solución de conflictos, se ha expandido de forma considerable en el ámbito comercial y en las contrataciones con el Estado, pues reduce el engorroso tiempo que toman los litigios ante el Poder Judicial y, además, garantiza administradores de justicia especializados en la materia y menos formalidades.

Pero ¿cuál es el alcance de dicho mecanismo en la resolución de los conflictos laborales individuales? En la práctica, ¿existe realmente o se encuentra reservado para un grupo mínimo de trabajadores?

A través del presente artículo buscamos realizar un breve análisis de las modalidades menos utilizadas del arbitraje, como son el arbitraje laboral individual y el arbitraje popular, efectuando una crítica a los no razonables requisitos que estos les imponen a los trabajadores para someter sus controversias y evitar, así, acudir al Poder Judicial, pero reconociendo que —generalmente— la propia naturaleza de los conflictos laborales le rehúye a este tipo de jurisdicción.

2. EL ARBITRAJE POPULAR

Relativamente nuevo, el “arbitraje popular” fue creado mediante el Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, vigente desde hace poco más de una década (2008). Posteriormente, el Decreto Legislativo 1231, publicado el 26 de septiembre del 2015 en el diario oficial *El Peruano*, modificó e incorporó normas y disposiciones al arbitraje en general y al arbitraje popular.

Como se desprende del articulado del Decreto Supremo 016-2008-JUS, que reglamentó las nuevas disposiciones, el arbitraje normado hasta entonces estaba destinado solo a un sector económico, y su alcance era muy limitado, por lo que, más allá del nombre que se le dio, lo que se buscó con estas nuevas normas fue crear un mecanismo alternativo de solución de conflictos al alcance de todos (a bajo costo), aunque reconociéndose que la materia que trataría, principalmente, sería la civil.

La interpretación anterior se encuentra en consonancia con la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1231, de la que se desprende que se creó el denominado “arbitraje popular” para “fortalecer el derecho al acceso de justicia de todos los ciudadanos para la solución de sus controversias a costos adecuado” (2015, p. 15).

Partiendo de lo anterior, es necesario hacer notar que el Decreto Legislativo 1231 solo incorporó un artículo relativo al arbitraje popular, mediante la modificación de la primera disposición final del Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, materializando el “interés nacional” plasmado en el articulado primigenio.

Ahora bien, el arbitraje popular, a diferencia del arbitraje “común” regulado en los más de setenta artículos del Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, es siempre institucional, por lo que las partes siempre deben someterse a la administración de la institución a cargo de este tipo de arbitrajes (2015).

Si bien las normas que rigen este tipo de arbitrajes dependen de la institución a la que se sometan, en el Decreto Supremo 016-2008-JUS se han dispuesto lineamientos generales que deberán cumplirse, y el más controversial es el referido a las materias y a la cuantía.

Sobre el particular, dicha norma ha dispuesto de forma general que

podrán someterse a este arbitraje las derivadas del derecho de propiedad, posesión de los derechos y obligaciones contractuales, responsabilidad contractual y extracontractual y toda clase de controversias de libre disposición que las partes decidan acordar mediante un convenio arbitral, siempre que su estimación económica no sea superior a veinte (20) UIT. (2008)

Si bien volveremos más adelante sobre esto, la disposición prevista en dicha norma no hace más que excluir una serie de materias, reduciendo su ámbito de aplicación a materias civiles-comerciales.

El límite de 20 unidades impositivas tributarias (UIT) —equivalente a 84 000 soles al año 2019— no hace más que confirmar que el arbitraje “popular” termina siendo una versión simplificada del arbitraje “común”, con la noble intención de “ofrecer masivamente a la sociedad un medio alternativo de solución de controversias” (Decreto Supremo 016-2008-JUS, 2008).

3. EL ARBITRAJE LABORAL INDIVIDUAL

El arbitraje laboral respecto a conflictos derivados del inicio, la ejecución o el fin de una relación laboral individual se encuentra regulado en la sexta disposición complementaria de la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, la cual reconoce la posibilidad de acudir a la jurisdicción arbitral siempre que se cumplan los siguientes requisitos de forma concurrente:

- a. Cuando el convenio arbitral se inserte a la conclusión de la relación laboral.
- b. Solo si la remuneración mensual percibida sea, o haya sido, superior a las 70 unidades de referencia procesal (URP).

Si bien el primer requisito termina siendo razonable, pues implica la renuncia a la jurisdicción del Poder Judicial a favor de la arbitral, aunque esta deba ser por escrito, lo cual es poco probable si se tiene en cuenta que el contrato de trabajo, por regla general, no reviste dicha formalidad, el segundo requisito es una evidente barrera arbitraria que limita el derecho de los trabajadores de someter sus controversias al arbitraje.

En buena cuenta, para que un trabajador someta sus controversias a arbitraje, debe percibir como mínimo una remuneración de 29 400 soles (valor de 70 URP en el año 2019), lo cual es excesivo si tenemos en cuenta que el ingreso promedio mensual de los trabajadores del sector formal es de solo 1892,50 soles¹, sin mencionar que más del 65 % de los trabajadores laboran en el sector informal, por lo que no se tienen registros fiables de la remuneración que perciben, lo cual hace materialmente imposible su acceso a este mecanismo alterno de resolución de conflictos.

Un hecho curioso que no puede dejarse de lado es que, en tanto el mínimo exigido se fija en función de la URP, la cual es un porcentaje de la UIT, desde la promulgación y entrada en vigor de la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (15 de enero del 2010), este ha aumentado en 4200 soles (70 URP por 60 soles), como se desprende de la siguiente tabla elaborada con información del Ministerio de Economía y Finanzas:

Tabla 1

Valores de la UIT entre los años 1992-2021

	Valor de la UIT	Valor de la URP
2010	3600 soles	360 soles
2011	3600 soles	360 soles
2012	3650 soles	365 soles
2013	3700 soles	370 soles
2014	3800 soles	380 soles
2015	3850 soles	385 soles
2016	3950 soles	395 soles
2017	4050 soles	405 soles
2018	4150 soles	415 soles
2019	4200 soles	420 soles

Teniendo en cuenta esto, el criterio fijado resulta irrazonable, incluso para aquellas personas que perciben remuneraciones por encima del promedio, pues, en poco menos de diez años, el requisito para acceder a la jurisdicción arbitral exige la percepción de una remuneración 4200 soles mayor a lo originalmente requerido, puesto que ha aumentado de acuerdo con el valor de la UIT, sin tener en cuenta los índices de actualización de la remuneración.

1 Ingreso promedio del sector formal privado-real (soles del 2009) (Banco Central de Reserva del Perú, s. f.).

Ahora, aun cuando no se menciona de forma expresa, resulta evidente que no toda controversia laboral puede someterse a arbitraje, pues el Poder Judicial tiene competencia exclusiva sobre aquellas controversias que tratan sobre derechos irrenunciables (remuneración, beneficios sociales y, en general, todos los derechos reconocidos en normas imperativas²), las cuales nunca podrán ser objeto de arbitraje, en una interpretación sistemática de las normas laborales y el artículo 2 del Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje³. Por lo tanto, podríamos considerar como un tercer requisito el que se sometan a arbitraje únicamente materias de libre disponibilidad.

Por otro lado, sin perjuicio de que será objeto de pronunciamiento en el acápite siguiente, el arbitraje laboral individual sobre conflictos individuales no está a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, a pesar de ser la entidad técnica más idónea; sino que, de conformidad con la quinta disposición complementaria de la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, la institución a cargo es el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Aunque lo anterior es una conclusión lógica, lo cierto es que la aplicación de la sexta disposición complementaria de la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, no hace más que limitar aún más los alcances del arbitraje laboral individual, pues le impone nuevos requisitos y límites, haciendo casi nulo su alcance.

4. JUNTOS, PERO NO REVUELTOS

En honor al título del presente artículo, el arbitraje popular y el arbitraje laboral individual tienen como punto en común la quinta disposición complementaria de la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo; pues, aunque esta no es clara, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, a diferencia de lo que ocurre con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, no se ha organizado como una institución arbitral ni cuenta con mecanismos o procedimientos para fungir de árbitro en arbitrajes laborales individuales.

Dicho esto, el trabajador o empleador que, cumpliendo los requisitos previstos en la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, pretenda someter su controversia laboral a un arbitraje, deberá optar por: (a) el arbitraje popular o (b) el arbitraje "común", dependiendo de la cláusula arbitral y el monto en controversia.

Respecto al arbitraje popular, recordemos que solo admite controversias que no superen las 20 UIT o los 84 000 soles, lo cual no supone un problema para el acceso al

2 Véase, en ese sentido, Toyama Miyagusuku (2001, p. 166).

3 "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".

arbitraje de las materias laborales, pues la ley procesal exige que el trabajador haya percibido, como mínimo, 70 URP o 29 400 soles, de acuerdo con el valor de la UIT y la URP del 2019.

El problema es más profundo y complejo y parte de la irrazonable concepción de requisitos para el acceso al arbitraje.

En efecto, sin perjuicio de que ya hemos realizado una crítica respecto al arbitrario mínimo previsto en la ley procesal laboral, que excluye al grueso de los trabajadores del acceso al arbitraje, todo aquel trabajador que desee promover arbitrajes —por ejemplo, incumplimientos en materia de seguridad y salud en el trabajo que originen el derecho a una indemnización de naturaleza civil— deberá cuantificar sus demandas arbitrales teniendo como límite el monto de 84 000 soles, lo cual resulta irrazonable, ya que, en nuestra experiencia, este tipo de litigios superan largamente dicho monto.

Asimismo, otro problema para resolver controversias laborales a través del arbitraje lo encontramos en los requisitos no previstos textualmente en la sexta disposición complementaria de la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, particularmente en el carácter dispositivo o irrenunciable del derecho que haya originado la controversia.

En efecto, si tenemos en cuenta que el Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, establece expresamente que solo podrán someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición, es evidente que un gran abanico de posibilidades se les cierran a los trabajadores. Esta disposición se repite en el capítulo IV del Decreto Supremo 016-2008-JUS, en tanto en cuanto se restringe el arbitraje popular a las controversias de libre disponibilidad de las partes.

Dicho esto, para que un trabajador pueda someter a arbitraje popular una controversia laboral, esta solo podrá versar sobre obligaciones contractuales que generen derechos de libre disponibilidad y sobre incumplimientos que hayan generado responsabilidad contractual y/o extracontractual, teniendo en cuenta siempre el límite de 20 UIT.

Finalmente, aun cuando consideramos que el arbitraje es un mecanismo idóneo para solucionar conflictos, queda claro que los árbitros carecen de coerción, por lo que no les es posible utilizar la fuerza pública para hacer cumplir sus laudos y deben solicitar auxilio judicial en caso de que la parte vencida sea renuente a cumplir el fallo, lo cual hace menos atractivo este mecanismo para los trabajadores; pues, usualmente, lo que se encuentra en litigio es su reincorporación a su centro de trabajo o el pago de sus beneficios sociales, que, sin la fuerza pública, es difícil tutelar.

Dicho esto, aun cuando el arbitraje popular tenga nobles intenciones, no resulta ser un mecanismo atractivo para los trabajadores, puesto que sus requisitos lo alejan del grueso de los trabajadores. La normatividad vigente genera que el arbitraje laboral individual sea aplicable para los trabajadores que ocupan cargos directivos y que se

encuentran en una posición similar a la de su empleador, a fin de negociar una cláusula arbitral para acudir al arbitraje.

REFERENCIAS

- Banco Central de Reserva del Perú. (s. f.). *Ingreso promedio del sector formal privado-real (S/ de 2009)*. <https://estadisticas.bcrp.gob.pe/estadisticas/series/mensuales/resultados/PN37697PM/html>
- Decreto Supremo 016-2008-JUS, Crean el Programa de Arbitraje Popular. (2008, 28 de noviembre). <https://elperuano.pe/NormasElperuano/2008/11/28/284113-1.html>
- Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje. (2008, 28 de junio). https://portal.osce.gob.pe/arbitraje/sites/default/files/Documentos/Legislacion_aplicable/DL-1071-ley-que-norma-el-arbitraje.pdf
- Ministerio de Economía y Finanzas. (s. f.). *Valor de la UIT: 1992-2021*. https://www.mef.gob.pe/contenidos/tributos/valor_uit/uit.pdf
- Sistema Peruano de Información Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2015, 26 de septiembre). *Exposición de motivos del Decreto Legislativo 1231*. <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2015/Setiembre/26/EXP-DL-1231.pdf>
- Toyama Miyagusuku, J. (2001). El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales: normativa, jurisprudencia y realidad. *Ius et Veritas*, 11(22), 164-179. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15997>

UN BREVE DIAGNÓSTICO SOBRE LA ACTIVIDAD DE SUPERVISIÓN DEL OSCE EN LAS COMPRAS PÚBLICAS

LUIGI STEVENS CASTRO FUENTES*

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú

Recibido: 23 de noviembre del 2021 / Aceptado: 24 de enero del 2022

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2022.n054.5449>

RESUMEN. El siguiente artículo plantea un breve diagnóstico de la actividad de supervisión de las actuaciones de las entidades contratantes a nivel nacional que realiza la Dirección de Gestión de Riesgos (DGR) del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). Los órganos de control, el OSCE y los ciudadanos advierten que en las actuaciones de las entidades públicas contratantes se identifican riesgos relacionados con la planificación de las contrataciones, la competencia y el uso inadecuado de la normativa de contrataciones del Estado que pueden constituirse en actos de corrupción. La presente investigación describe la actividad de supervisión de las compras públicas por parte de la DGR del OSCE y hace seguimiento a la evolución del presupuesto asignado a las actividades de supervisión del OSCE entre el 2019 y julio del 2021. Sobre esa base, compara el gasto con el logro de los objetivos de supervisión de riesgos en las compras públicas. Finalmente, cuantifica la actividad de supervisión de oficio tanto a pedido de parte como por iniciativa del OSCE.

PALABRAS CLAVE: contratación pública / Sistema Nacional de Abastecimiento / Ley de Contrataciones del Estado / actividad de supervisión / compras públicas / gestión pública

BRIEF DIAGNOSTIC OF OSCE SUPERVISION OF PUBLIC PROCUREMENT

ABSTRACT. The following article presents a brief diagnosis of the supervisory activity of the Risk Management Office (DGR) of the State Procurement Supervisory Body (OSCE) over contracting entities at the national level. Different control bodies, the OSCE and citizens are concerned that the actions of the contracting public entities represent risks to the contracting planning, competition, and State contracting regulations and may generate corruption. The present investigation describes the supervision

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Maestrando en Gestión Pública por la misma casa de estudios. Correo electrónico: castroluigi0@gmail.com

activity of public purchases by the DGR of the OSCE. It follows up on the evolution of the budget assigned to OSCE's supervision activities between 2019 and July 2021 and compares expenditure against the achievement of risk supervision objectives in public purchases. Finally, it quantifies the ex officio supervision activity both at the request of third parties and at the initiative of the OSCE.

KEYWORDS: public procurement / National Supply System / State Contracting Law / supervision / government procurement / public management

1. LA IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DE LA ACTIVIDAD DE SUPERVISIÓN DE LA DIRECCIÓN DE GESTIÓN DE RIESGOS DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO

Según cifras recogidas en un estudio del OSCE (2020a), “los montos involucrados en las compras públicas en promedio representan un 29 % del gasto público y un 12 % del Producto Interno Bruto en los países de la OCDE” (p. 13), y en los años 2019 y 2020, según datos de la plataforma web CONOSCE, se adjudicaron en total 41 844,7 y 44 893,8 millones de soles en compras públicas, respectivamente (OSCE, 2021b). Dichas cifras evidencian la importancia de las compras públicas en la economía del país.

La otra cara de la moneda nos la presenta el equipo de la Contraloría General de la República del Perú (CGRP), que identificó que “alrededor de 23.3 mil millones de soles del presupuesto público ejecutado en el 2019, es decir, cerca del 15 %, se habrían perdido producto de irregularidades en el uso del presupuesto ejecutado en dicho año” (Shack et al., 2020, p. 51).

Adicionalmente, la CGRP, en un último estudio, determinó que “12 departamentos habrían incrementado en el 2020 sus proporciones de daño por corrupción e inconducta funcional en la contratación de bienes y servicios” (Shack et al., 2021, p. 34).

Este fenómeno merma directa o indirectamente la implementación de los programas sociales, la actuación y las decisiones políticas del Gobierno (desconfianza o falta de legitimidad de la población en las instituciones públicas) y la entrega de servicios públicos básicos de calidad.

Ante ello, seguimos lo señalado por Rebollo Puig (2013) respecto a que considera que

la Administración tiene un deber genérico de inspeccionar aquellas actividades para las que las leyes le han otorgado potestad de inspección y de reacción ante incumplimientos ... Frecuentemente las normas se expresan de forma que dejan claro que inspeccionar es un deber para la Administración y hasta en algún caso lo configuran como servicio mínimo obligatorio. (p. 95)

Así, en la normativa peruana, el OSCE tiene entre sus funciones principales, según lo establecido en el artículo 52 del Texto del Texto Único Ordenado de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo 082-2019-EF (TUO de la Ley 30225), la de supervisar los procesos de contratación pública.

En esa misma línea, el Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por el Decreto Supremo 076-2016-EF (ROF del OSCE), precisa que una de las funciones principales del OSCE es la de supervisar los procesos de contratación pública conforme a los mecanismos contemplados en el TUO de la Ley 30225, y puede efectuar supervisiones de oficio sobre las contrataciones directas y los supuestos excluidos de la supervisión de

OSCE, así como realizar informes de macrosupervisión. Y en el artículo 74 del citado ROF del OSCE se establece que la DGR es responsable de dirigir la estrategia supervisora del OSCE respecto a la actuación de las entidades contratantes a nivel nacional, mediante acciones de supervisión de oficio, aleatoria y/o selectiva o a pedido de parte.

De la normativa señalada se desprende que la estrategia de supervisión de riesgos es encargada al OSCE, específicamente a la DGR, por lo que el objeto de estudio se enfocará en las actividades y funciones de dicha dirección.

Al respecto, es importante indicar que, el 15 de septiembre del 2018, mediante el artículo 6 del Decreto Legislativo 1439, Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Abastecimiento, se creó la Dirección General de Abastecimiento (DGA), ente rector del Sistema Nacional de Abastecimiento (SNA) adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), que, dentro de sus diversas funciones, tiene la de supervisar la gestión de las actividades que componen el SNA, lo que conlleva realizar una acción de supervisión macro, es decir, de toda la Cadena de Abastecimiento Público.

En relación con ello, de la revisión del Texto Integrado Actualizado del Reglamento de Organización y Funciones del MEF, aprobado mediante Resolución Ministerial 213-2020-EF/41, se advierte que no se establece en alguna de las unidades orgánicas de la DGA del MEF la función específica de supervisar el cumplimiento de la normativa de contrataciones del Estado. Sin embargo, somos de la posición de que dicha omisión normativa no impide a la DGA realizar actividades de supervisión de oficio y a pedido de parte en las compras públicas, con lo cual dicha competencia podría colisionar con las funciones de la DGR del OSCE. Dicha problemática ameritaría ser objeto de análisis en una futura investigación.

Ahora bien, en la presente investigación se realizará un estudio descriptivo, cuyo método es deductivo-inductivo, debido a que se razona y explica la realidad partiendo de leyes o teorías generales, y se utilizarán técnicas de recolección de datos, como el análisis documental.

En ese sentido, y tomando en consideración la importancia de las compras públicas en el país, resulta indispensable efectuar un diagnóstico de la acción de supervisión del OSCE, a fin de identificar las causas que limiten a la DGR del OSCE cumplir con su rol de supervisar que las entidades contratantes lleven a cabo sus actividades en el marco de la normativa de contrataciones del Estado. Para ello, se procederá a describir la actividad de supervisión en las compras públicas a cargo del OSCE, así como verificar la evolución presupuestal asignada en las actividades de supervisión del OSCE entre el 2019 y julio del 2021 y comparar su gasto presupuestario y el impacto en el logro de sus objetivos sobre la estrategia de supervisión de riesgos en las compras públicas, y finalmente cuantificar la actividad de supervisión de oficio tanto a pedido de parte como por iniciativa del OSCE.

2. LA ACTIVIDAD DE SUPERVISIÓN DE LA DIRECCIÓN DE GESTIÓN DE RIESGOS DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO

De manera preliminar, es importante indicar que la actividad de la supervisión difiere con el control gubernamental realizado por la CGRP en el marco del Sistema Nacional de Control, así como con la acción establecida en el artículo 34 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, respecto a la fiscalización posterior, y con la regulación establecida para el procedimiento administrativo sancionador.

Respecto a la potestad de supervisión del OSCE, el artículo 7 del Decreto Legislativo 1439, Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Abastecimiento, establece de manera expresa lo siguiente:

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado es un organismo técnico especializado adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, encargado de supervisar el cumplimiento de la normativa de contrataciones del Estado, promoviendo las mejores prácticas en los procesos de contratación de bienes, servicios y obras, de acuerdo a lo establecido en su marco normativo y en el presente Decreto Legislativo.

En esa misma línea, el literal b) del artículo 52 del TUO de la Ley 30225 contempla como una de las funciones del OSCE

efectuar acciones de supervisión de oficio, de forma aleatoria y/o selectiva, y a pedido de parte de los procesos de contratación que se realicen al amparo de la presente norma y su Reglamento, y disponer la adopción de las medidas que correspondan. Esta facultad también alcanza a los supuestos excluidos del ámbito de aplicación sujetos a supervisión en lo que corresponde a la configuración del supuesto de exclusión.

Como puede observarse, el OSCE, mediante norma con rango de ley, es la entidad facultada para realizar la supervisión de oficio y a pedido de parte de las compras públicas en el ordenamiento jurídico peruano¹.

Asimismo, en el artículo 74 del ROF del OSCE se establece que la DGR

es responsable de dirigir la estrategia supervisora del OSCE, respecto a la actuación de las entidades contratantes a nivel nacional, mediante acciones de supervisión de oficio, aleatoria y/o selectiva, o a pedido de parte, a partir de la identificación de riesgos que afecten la planificación de contrataciones,

1 Es preciso indicar que la función supervisora que despliega el OSCE no reemplaza ni exige la supervisión que le corresponde a cada entidad (actores directos e indirectos que intervienen en la contratación, como son el titular de la entidad, el área usuaria, el órgano encargado de las contrataciones, el comité especial, entre otros señalados en la normativa de contratación pública) como responsable de la ejecución de los recursos aprobados en sus respectivos presupuestos.

la satisfacción de necesidades, la competencia, así como riesgos relacionados con el inadecuado uso de contrataciones directas y supuestos de exclusión de la normativa, de acuerdo con las atribuciones conferidas al OSCE por la Ley.

Ahora bien, habiendo indicado que la DGR del OSCE es la encargada de supervisar que las entidades contratantes realicen sus actividades (fase preparatoria, fase de selección y fase de ejecución contractual) en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, es preciso indicar que la DGR se encuentra conformada por la Subdirección de Identificación de Riesgos que afectan la Competencia (SIRC), la Subdirección de Identificación de Riesgos en Contrataciones Directas y Supuestos Excluidos (SIRE) y la Subdirección de Procesamiento de Riesgos (SPRI).

Al respecto, antes de mencionar las funciones de cada subdirección, es importante tener claros los tipos de supervisión que lleva a cabo la DGR, los cuales consisten en las acciones de supervisión a pedido de parte y de oficio. Para ello, nos apoyaremos en la Directiva 10-2019-OSCE/CD, "Acciones de supervisión a pedido de parte y de oficio", aprobada mediante la Resolución 062-2019-OSCE/PRE, elaborada por el OSCE (2019).

La acción de supervisión de oficio es aquella supervisión iniciada o efectuada por el OSCE de forma aleatoria y/o selectiva, respecto a los procesos de contratación que se realicen en el marco del TUO de la Ley 30225. Ello alcanza a los supuestos excluidos del ámbito sujetos a supervisión en lo que corresponde a la configuración del supuesto de exclusión. Dichas acciones de supervisión pueden realizarse en atención a la información presentada por entidades, órganos de control y/o defensa, ciudadanos, medios de comunicación, entre otros.

En relación con ello, la DGR realiza supervisiones programadas y no programadas; la primera es prevista en el Plan Anual de Supervisión, el cual tiene por finalidad organizar y planificar las acciones de supervisión que se llevarán a cabo en el año, mientras que la segunda se inicia de manera inopinada por la DGR a partir de información proveniente de fuente interna o externa.

Dichas modalidades de supervisión se ejecutan con el levantamiento de información, la formulación de requerimientos a la entidad supervisada y el registro de las incidencias ocurridas desde la apertura hasta el cierre de la acción de supervisión. En virtud de ello, se emite un informe o dictamen en el cual se consigan las conclusiones y recomendaciones de la acción de supervisión, del cual, si no se advierten transgresiones a la normativa, se cierra el expediente; caso contrario, se imparten las instrucciones para su rectificación o el hecho se pone en conocimiento de la entidad y del OCI para las respectivas medidas correctivas.

Por otro lado, la acción de supervisión a pedido de parte es aquella efectuada por el OSCE en virtud de alguna comunicación o solicitud presentada por algún proveedor y

demás interesados que consideren la existencia de una transgresión a la normativa de contrataciones del Estado.

En relación con ello, la DGR evalúa las solicitudes de supervisión a pedido de parte, en que considerará el estado actual del procedimiento de compra pública, la gravedad de las transgresiones a la normativa, los riesgos de la ejecución, las competencias de la entidad y las vías legales con las que cuentan los participantes y/o postores para la atención del caso específico.

Tomando en consideración ello, la DGR emitirá un dictamen en el cual se consignen las conclusiones y recomendaciones de la acción de supervisión, esta última se notificará al recurrente y a la entidad, de ser el caso. Asimismo, en caso de verificar transgresiones a la normativa de contratación pública, se emite copia del dictamen al OCI o al Tribunal de Contrataciones del Estado para las respectivas medidas correctivas.

Ahora bien, de lo expuesto se desprende que tanto la acción de supervisión a pedido de parte como la de oficio se desarrollan a fin de verificar que las actuaciones de las entidades contratantes cumplan con la normativa de contratación pública y/o prevenir su incumplimiento. En esa medida, una vez realizada la actividad de supervisión, la DGR remite la relación de riesgos identificados, así como la comunicación de alertas, a las entidades contratantes o, de corresponder, suspende los procedimientos de selección cuando se identifique la necesidad de ejercer medidas correctivas, además de comunicar al Tribunal de Contrataciones del Estado o al Sistema Nacional de Control para que evalúen el inicio de un procedimiento sancionador.

Precisadas las acciones de supervisión a pedido de parte y de oficio que realiza la DGR, corresponde indicar las funciones de cada subdirección que conforma dicha dirección, para cual revisaremos el ROF del OSCE (2016):

- La SIRC, según el artículo 77 del ROF del OSCE, “es la responsable de la ejecución de las acciones de supervisión de oficio y de parte, respecto de reglas contenidas en los documentos de contratación, así como de posibles barreras de acceso en los procedimientos de selección”. Aquí podemos precisar algunos de los principales documentos que emite dicha subdirección de oficio o a pedido de parte: (i) dictamen sobre barreras de acceso, (ii) pronunciamiento y (iii) dictamen sobre implementación de pronunciamiento.

Al respecto, una de las acciones principales de la SIRC como solicitud de supervisión a pedido de parte es la de organizar y controlar la solicitud de elevación de cuestionamientos al pliego absolutorio de consultas y/u observaciones, y su posterior emisión de pronunciamientos y bases integradas definitivas.

En relación con ello, el numeral 72.8 del artículo 72 del Reglamento de la Ley 30225 establece que los participantes pueden formular cuestionamiento al

pliego de absolución de consultas y observaciones de las licitaciones públicas y los concursos públicos, así como a las bases integradas de dichos procedimientos, por la vulneración de:

- a. La normativa de contrataciones
- b. Los principios que rigen la contratación pública
- c. Otra normativa que tenga relación con el objeto de la contratación

La SIRC de la DGR revisa los cuestionamientos elevados. Asimismo, lleva a cabo una revisión de oficio de las bases, y publica en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (Seace) el respectivo pronunciamiento y las bases integradas. En caso de que se adviertan vicios de la nulidad que generen la sustracción de la materia, se emitirá el informe de vicio de nulidad el oficio que disponga las medidas correctivas del caso².

Asimismo, respecto al dictamen de barreras de acceso emitido por la SIRC, corresponde indicar que son actuaciones materiales de uno o más órganos, dependencias, servidores o funcionarios de una entidad orientadas a impedir u obstaculizar la mayor participación de potenciales postores en un procedimiento de selección, configurándose así transgresiones al TUO de la Ley 30225³.

Por otro lado, es preciso indicar que, como consecuencia de la publicación de la Directiva 10-2019-OSCE/CD, "Acciones de supervisión a pedido de parte y de oficio", la función de la SIRC de emitir el dictamen sobre implementación de pronunciamiento establecida en el literal b) del artículo 78 del ROF del OSCE dejó de aplicarse, por lo que correspondería adecuar el documento de gestión "ROF del OSCE".

Finalmente, en cuanto a la actuación de la SIRC, resulta importante indicar que, recién a partir del 2020, la SIRC realiza acciones de supervisión de oficio, las cuales culminan con la emisión de un informe de acción de supervisión de oficio.

- La SIRE, según el artículo 79 del ROF del OSCE "es la responsable de la ejecución de las acciones de supervisión de oficio y a pedido de parte, respecto de la configuración de causales de contrataciones directas y supuestos de exclusión,

2 A mayor abundamiento, revisar la Directiva 09-2019-OSCE/CD, "Emisión de pronunciamiento", aprobada mediante la Resolución 061-2019-OSCE/PRE, así como lo dispuesto en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) del OSCE, aprobado por el Decreto Supremo 106 2020-EF y sus modificatorias.

3 A mayor abundamiento, revisar la Directiva 10-2019-OSCE/CD, "Acciones de supervisión a pedido de parte y de oficio", aprobada mediante la Resolución 062-2019-OSCE/PRE.

sujetos a supervisión”. Aquí podemos precisar algunos de los principales documentos que emite dicha subdirección a solicitud, ya sea a pedido de parte o de oficio: (i) dictamen sobre supuestos excluidos sujetos a supervisión y (ii) dictamen sobre configuración de causal de contratación directa.

Al respecto, la SIRE como solicitud de supervisión a pedido de parte realiza: (i) la configuración de causal de contratación directa, y (ii) la configuración de supuesto excluidos.

Por otra parte, como acciones de supervisión de oficio, la SIRE efectúa revisiones de transgresiones a la normativa de: (i) contrataciones directas, (ii) supuestos excluidos del ámbito de aplicación sujetos a supervisión del OSCE y (iii) registro de órdenes de compra y órdenes de servicio.

- La SPRI, según el artículo 81 del ROF del OSCE, “es la responsable de organizar, ejecutar, y controlar la supervisión macro sobre actos preparatorios de procedimientos de selección; sobre riesgos de fraccionamiento de contrataciones; sobre requisitos excesivos en contrataciones y sobre deficiencias en la ejecución contractual”. Asimismo, el literal f) del artículo 82 del ROF del OSCE establece como una de sus funciones la de “atender cuestionamientos relativos a actuaciones de las entidades que no sean competencia de SIRC o SIRE”. Aquí podemos precisar algunos de los principales documentos que emite dicha subdirección: (i) informes macro sobre actos preparatorios de procedimiento de selección, (ii) informes macro sobre riesgos de fraccionamiento de contrataciones, (iii) informes macro sobre requisitos excesivos en contrataciones, (iv) informes macro sobre deficiencias en la ejecución contractual y (v) dictamen sobre cuestionamientos.

Al respecto, la SPRI en la solicitud de supervisión a pedido de parte revisa otras transgresiones a los procedimientos de selección, en que se encarga de la emisión de dictámenes sobre cuestionamientos referidos a las transgresiones a la normativa de contrataciones del Estado en las que pudiera haber incurrido la entidad.

Por otra parte, como acciones de supervisión de oficio, la SPRI efectúa revisiones de transgresiones a la normativa de: (i) procedimiento de la reconstrucción con cambios (RCC), (ii) procedimientos mayores a cien millones de soles, (iii) adjudicaciones simplificadas, (iv) subasta inversa electrónica, (v) acuerdos marco y (vi) registro de información en la ejecución contractual, los cuales culminan con la emisión de un informe de acción de supervisión de oficio.

Con base en lo señalado y tomando en consideración lo establecido en el ROF del OSCE, las acciones de supervisión de oficio y a pedido de parte recaen sobre la SIRE y la

SIRC de la DGR; en el caso de la primera subdirección sobre las contrataciones directas y los supuestos excluidos sujetos a supervisión a fin de verificar que no se incurra en un supuesto de transgresión o evasión de la aplicación de la normativa de contratación pública, y en el caso de la segunda subdirección sobre los procedimientos de selección para promover la competencia; no obstante, se advierte que la SIRC recién a partir del 2020 realiza acciones de supervisión de oficio.

Finalmente, la SPRI de la DGR, según el ROF del OSCE, es la encargada de realizar la supervisión macro, lo que constituye una supervisión a pedido de parte en que se analiza la atención de cuestionamientos referentes a actuaciones de las entidades que no son competencia de la SIRE o la SIRC, así como patrones de conducta y acciones transgresoras de buenas prácticas. Sin embargo, es preciso indicar que actualmente la SPRI también realiza acciones de supervisión de oficio, con lo cual se advertiría que los artículos 81 y 82 del ROF del OSCE deberían adecuarse en función de las acciones que realmente se les encarguen a las subdirecciones de la DGR.

3. LA ACTIVIDAD DE SUPERVISIÓN DE LA DIRECCIÓN DE GESTIÓN DE RIESGOS DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO EN RELACIÓN CON EL PLAN ESTRATÉGICO INSTITUCIONAL

De manera preliminar, resulta importante definir qué es el Plan Estratégico Institucional (PEI). Para ello, nos apoyamos en la guía elaborada por el Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (CEPLAN, 2019), mediante la cual señala que el PEI es

un instrumento de gestión que define la estrategia del Pliego para lograr sus objetivos, en un periodo mínimo de tres (3) años, a través de iniciativas diseñadas para producir una mejora en el bienestar de la población a la cual sirve. Estos objetivos se deben reflejar en resultados. (p. 14)

En esa línea, revisamos el Informe de Evaluación de Resultados del año 2019 elaborado por el OSCE (2020b), en el cual se encuentra el análisis del PEI 2019-2022, correspondiente al 2019. Dicho informe muestra la evaluación de los resultados logrados en el 2019 de los cinco objetivos estratégicos institucionales (OEI) y las nueve acciones estratégicas institucionales (AEI) contenidos en el PEI del OSCE.

Para efectos de la presente investigación, nos enfocamos en el OEI.03, "Promover eficiencia en el proceso de contratación pública", y en su AEI.03.04, "Supervisión oportuna de los procesos de contratación", cuyo indicador es el "porcentaje de expediente de supervisión atendidos antes de los 20 días", los cuales se encuentran vinculados a la acción de supervisión realizada por la DGR.

Al respecto, el citado informe del OSCE (2020b) indica que el avance del indicador de la AEI.03.04 "está alrededor de 63 %, debido a que el indicador alcanzó el 17 % (469

de 2748 denuncias) de expedientes de supervisión atendidos antes de los 20 días [lo que significa que estaría] por debajo de la meta programada de 27 %” (p. 24), esto con relación a que en el 2018 se alcanzó el 25 %.

Sobre el particular, en el informe se justifica dicha reducción de la atención de expedientes de supervisión (denuncias) en razón que el personal de la DGR priorizó las solicitudes de elevación de cuestionamientos y supervisión de oficio que tienen un plazo normativo menor de atención (OSCE, 2020b, p. 24).

Por otro lado, el Informe de Evaluación de Resultados del año 2020, elaborado por el OSCE (2021a), en el cual se encuentra el análisis del PEI 2019-2023⁴, correspondiente al 2020, muestra la evaluación de los resultados logrados en el 2020 de los cinco OEI y las trece AEI contenidos en el PEI del OSCE.

Al respecto, el citado informe del OSCE (2021a) señala que el avance del indicador de la AEI.03.04, relacionada con la supervisión de la DGR, está alrededor de 171 %, en razón de que el indicador alcanzó el 50 % (1622 de 803 expediente de supervisión atendidos) de expedientes de supervisión atendidos antes de los veinte días, lo que significa que estaría por encima de la meta programada del 50 %, esto con relación a que en el 2019 se alcanzó el 17 % (p. 25).

Sobre el particular, en el informe se justifica dicho aumento a causa de que durante el 2020 se suspendieron los plazos de los procedimientos convocados con anterioridad al 16 de marzo del 2021, así como la convocatoria de nuevos procedimientos de selección durante el periodo del 16 de marzo al 24 de mayo del 2021, dispuesta por la DGA del MEF, ente rector del SNA, en el marco de la declaratoria de emergencia nacional, aprobada mediante el Decreto Supremo 044-2020-PCM y prorrogada sucesivamente, lo que permitió que la DGR pudiera atender los expedientes pasivos y se facilitara la reducción de los plazos de atención de los nuevos expedientes (OSCE, 2021a, p. 26).

Respecto a la suspensión de los procedimientos de selección a causa del estado de emergencia nacional producto del COVID-19, es preciso añadir que la DGA del MEF emitió la Resolución Directoral 001-2020-EF-54.01, prorrogada mediante las Resoluciones Directorales 002-2020-EF-54.01, 003-2020-EF-54.01, 004-2020-EF-54.01 y 005-2020-EF-54.01, las cuales dispusieron, entre otros aspectos, la suspensión a partir del 16 de marzo del 2020 del cómputo de los plazos de los procedimientos de selección convocados con anterioridad.

4 En el diseño se incorporaron recomendaciones que realizó la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en su publicación La contratación pública en el Perú. Reforzando capacidad y coordinación.

Asimismo, se toma en cuenta que, en el 2020, la economía peruana fue afectada por las medidas de aislamiento e inmovilización social obligatorias dictadas por el Gobierno a consecuencia de la pandemia por el brote del COVID-19.

Asimismo, se suspendió la convocatoria de procedimientos de selección en el marco del TUO de la Ley 30225 y los demás regímenes de contratación comprendidos por el SNA, con excepción de aquellos relacionados con la obligación de garantizar lo dispuesto en el Decreto Supremo 044-2020-PCM, para la prevención de la propagación del COVID-19.

Posteriormente, se reiniciaron los procedimientos de contratación pública con el Decreto Supremo 103-2020-EF y la Resolución Directoral 006-2020-EF/54.01, a partir del 15 de mayo del 2020, con lo cual se reactivó la emisión de pronunciamientos por la DGR.

Ahora bien, de lo señalado se advierte que en el Informe de Evaluación de Resultados del año 2019 no se identifica de manera específica la actividad de supervisión contabilizada en la AEI.03.04, ya que únicamente se hace una mención de manera general a la atención de expedientes de supervisión como “denuncias”.

Asimismo, en el párrafo seguido se indica que se atendieron solicitudes de elevación de cuestionamientos al pliego de absolución de consultas y/u observaciones, así como actividades de supervisión de oficio en distintos tipos de contratación, y que se realizaron supervisiones oportunas a través de la emisión de 1395 pronunciamientos sobre elevación de observaciones a las bases de procedimientos de selección y emisión de 2625 dictámenes (OSCE, 2019, pp. 24-25), de los cuales tampoco se logra tener certeza de si tales acciones de supervisión se contabilizaron en dicho indicador AEI 03.04 y así poder tener conocimiento de su cumplimiento al 2019.

Del mismo modo, si bien en el Informe de Evaluación de Resultados del año 2020 se detalla que los expedientes de supervisión atendidos fueron referidos a los procedimientos de selección general, las contrataciones directas y los supuestos excluidos y a barreras de acceso (OSCE, 2020, p. 26), se advierte que no se hace mención de las demás acciones de supervisión, que se quedaron sin ser objeto de evaluación de sus resultados y menos aún se realizó un correcto seguimiento.

En ese orden de ideas, resulta necesario que los objetivos y los indicadores del PEI del OSCE, relacionados con la acción de supervisión encargada a la DGR, puedan ser revisados, y que aquella se enfoque en la supervisión a pedido de parte y de oficio, cuyos indicadores deben ser cuantificados en función del procedimiento y producto que en la práctica se realiza en dicha dirección o relacionarlo con el plan de supervisión; por ejemplo, el número de pronunciamientos y bases integradas definitivas emitidas en el plazo de doce días hábiles, o el número de dictámenes emitidos antes de la adjudicación de la buena pro (o antes de suscribir el contrato).

4. LA EVOLUCIÓN PRESUPUESTARIA ASIGNADA A LA DIRECCIÓN DE GESTIÓN DE RIESGOS DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SU IMPACTO EN LAS ACTIVIDADES DE SUPERVISIÓN

De la revisión del aplicativo informático Consulta CEPLAN, al OSCE se le asignó un presupuesto en el 2019, el 2020 y el 2021 de 81 266 876, 88 468 860 y 95 202 657 soles, respectivamente, y para el 2019 y el 2020 el OSCE ejecutó 71 991 203 y 77 582 614 soles, respectivamente, del presupuesto asignado (CEPLAN, 2021).

Asimismo, se aprecia que, del presupuesto anual, el OSCE asignó a la DGR en el 2019, el 2020 y el 2021 los montos de 6 526 135, 6 528 047 y 7 706 103 soles, respectivamente, lo que representa aproximadamente el 12 % en el 2019, el 13 % en el 2020 y el 12% en el 2021 del total del presupuesto asignado al OSCE.

Ahora bien, con relación al PEI con el presupuesto, el OSCE asignó para el OEI.03, "Promover eficiencia en el proceso de contratación pública", en el 2019, el 2020 y el 2021, los montos de 51 575 167, 44 110 883 y 59 991 615 soles.

También se aprecia que, del total del presupuesto asignado del OEI.03 en relación con su AEI.03.04, "Supervisión oportuna de los procesos de contratación", en el 2019, el 2020 y el 2021, se asignaron los montos de 5 225 460, 5 160 706 y 7 478 443 soles, respectivamente, lo cual representa aproximadamente el 10 % en el 2019, el 8 % en el 2020 y el 8% en el 2021 del total del presupuesto asignado a la OEI.03.

Así, advertimos que la evolución de la asignación presupuestal del OSCE a la DGR en estos tres últimos años se mantiene constante, lo cual se ve reflejado en la transferencia de presupuesto para la AEI.03.04, "Supervisión oportuna de los procesos de contratación", a cargo de la DGR, y esta es una de las más bajas en comparación con otras AEI⁵ que están a cargo de distintas unidades orgánicas del OSCE, por lo que se desprende que la función de supervisión a cargo de la DGR del OSCE se encuentra limitada presupuestariamente pese a ser una de sus principales funciones.

5. LA ACTIVIDAD DE SUPERVISIÓN DE LA DIRECCIÓN DE GESTIÓN DE RIESGOS DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO EN CIFRAS

De manera preliminar, es importante aclarar que la información y los resultados de las acciones de supervisión de la DGR no se encuentran registrados de manera integral en

5 De la revisión de la plataforma Consulta CEPLAN se aprecia que se asigna un mayor porcentaje del presupuesto a la AEI 03.01, "Implementación y adecuación de herramientas para optimizar los procesos de contratación pública", y a la AEI 03.03, "Resolución oportuna de recursos de apelación de los procedimientos de selección", en estos tres últimos años.

las plataformas web del OSCE, y son los Informes de Evaluación de Resultados de los años 2019 y 2020 los instrumentos de gestión que detallan algunas de las acciones de supervisión; no obstante, se advierte que dicha data no se encuentra ordenada ni detallada, lo cual dificulta su análisis.

Ahora bien, de la información remitida por el OSCE⁶ se advierte que la DGR, durante el 2019, realizó acciones de supervisión a pedido de parte y de oficio conforme al siguiente detalle:

Tabla 1

Subdirección de Identificación de Riesgos que Afectan la Competencia - Dirección de Gestión de Riesgos

Año	De parte	De oficio	Total
2019	Expedientes (barreras de acceso, solicitudes de elevación de cuestionamientos y dictámenes sobre implementación de pronunciamiento; solo 2019)	No se realizaron acciones de supervisión en este año	2235 acciones de supervisión
2020	Expedientes (barreras de acceso y solicitudes de elevación de cuestionamientos)	80 procedimientos de selección	791 acciones de supervisión
2021 (enero-julio)	266 expedientes (barreras de acceso y solicitudes de elevación de cuestionamientos)	9 procedimientos de selección	275 acciones de supervisión

Tabla 2

Subdirección de Procesamiento de Riesgos - Dirección de Gestión de Riesgos

Año	De parte	De oficio	Total
2019	2598 dictámenes	434 acciones	3032 acciones de supervisión
2020	1244 dictámenes	451 acciones	1695 acciones de supervisión
2021 (enero-julio)	558 dictámenes	442 acciones	100 acciones de supervisión

⁶ Remitida por correo electrónico del 31 de agosto del 2021, a través del acceso a la información pública en el marco de la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Asimismo, resulta pertinente indicar que en dicha información se señala que la DGR ejecutó su Plan de Anual de Supervisión 2019 y 2020 con el cumplimiento del 96,5 % y el 100 %.

Tabla 3

Subdirección de Identificación de Riesgos en Contrataciones Directas y Supuestos Excluidos - Dirección de Gestión de Riesgos

Año	De parte	De oficio	Total
2019	55 dictámenes	293 acciones (contrataciones directas y procesos de selección por encargo)	348 acciones de supervisión
2020	50 dictámenes	1667 acciones (contrataciones directas, supuestos excluidos, procesos de selección por encargo e impedimentos para contratar con el Estado)	1717 acciones de supervisión
2021 (enero-julio)	40 dictámenes	496 acciones (contrataciones directas, supuestos excluidos e impedimentos para contratar con el Estado)	536 acciones de supervisión

Considerando la información señalada y en relación con la revisión de la data del portal web CONOSCE, se aprecia lo siguiente:

Tabla 4

Dirección de Gestión de Riesgos - Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Año	Total de acción de supervisión	Total de procesos adjudicados	Porcentaje de procesos supervisados
2019	5615	49 212 ⁷	11,4 %
2020	4203	49 205 ⁸	8,5 %
2021 (enero-julio)	911	26 308 ⁹	3,4 %

De la presente información, podemos advertir que las acciones de supervisión realizadas por la DGR del OSCE en el periodo del 2019 hasta julio del 2021 son limitadas en comparación con el nivel de volumen de compras públicas adjudicadas que realizaron las entidades públicas a nivel nacional y más aún si distinguimos las acciones de supervisión de oficio y a pedido de parte.

En ese sentido, resultaría importante que el OSCE evalúe su estrategia de supervisión, así como la asignación presupuestal que se le otorga a la DGR para el cumplimiento de sus funciones, más aún si las acciones de supervisión realizadas por la DGR del OSCE son insuficientes en comparación con el nivel de volumen de compras públicas

7 Según cifras del portal web CONOSCE, representa 41 836,9 millones de soles adjudicados.

8 Según cifras del portal web CONOSCE, representa 45 828,7 millones de soles adjudicados.

9 Según cifras del portal web CONOSCE, representa 23 323,7 millones de soles adjudicados.

adjudicadas. Considerando ello, se tendría que reforzar el personal que labora en dicha dirección a fin de cumplir o incrementar las metas de supervisión trazadas por el OSCE; asimismo, enfocar la estrategia de supervisión y actividades de la DGR del OSCE en función de la supervisión de oficio y de parte, evitando posibles problemas de competencias entre subdirecciones.

6. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS PARA UN MEJOR DESEMPEÑO DE LA LABOR DE SUPERVISIÓN DE LA DIRECCIÓN DE GESTIÓN DE RIESGOS DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO

Como resultado del diagnóstico de la función supervisora de la DGR del OSCE, se han identificado inconvenientes tanto a nivel normativo como de gestión relacionados con lo dispuesto en los documentos de gestión (ROF del OSCE y los indicadores del Plan Estratégico Institucional) y con la efectividad de la labor de supervisión, así como la asignación presupuestal.

En ese orden de ideas, en un primer punto, de la revisión del documento de gestión “Reglamento de Organización y Funciones del OSCE”, se advierte que algunas de las funciones establecidas en dicho documento de gestión no se condicen con las acciones de supervisión que actualmente realizan las subdirecciones de la DGR, como la función de la SIRC establecida en el literal b) del artículo 78 del ROF del OSCE respecto a la emisión del dictamen de implementación del pronunciamiento, ya que actualmente no se emiten dichos dictámenes, y las funciones de la SPRI establecidas en los artículos 81 y 82 del ROF del OSCE respecto a que no solo se realizan supervisiones macro, sino también acciones de supervisión de oficio.

Al identificarse que dichas funciones determinadas en el citado documento de gestión carecen de aplicación normativa, resulta necesario que las funciones establecidas para las subdirecciones de la DGR sean compatibles con la realidad, en virtud de las acciones de supervisión de oficio y de parte que realmente realicen.

En un segundo punto, de la revisión de los Informes de Evaluación de Resultados de los años 2019 y 2020 del OSCE se advierte que el indicador “Porcentaje de expedientes de supervisión atendidos hasta el día 20”, establecido para la AEI.03.04 del PEI, no permite identificar ni contabilizar de manera específica el total de actividades de supervisión llevadas a cabo por la DGR, ya que no se aprecia el detalle de las acciones de supervisión atendidas, que se quedaron sin ser objeto de evaluación de sus resultados y menos aún se realizó un correcto seguimiento.

Así pues, resulta necesario que los objetivos e indicadores del PEI del OSCE puedan ser revisados y que la labor de supervisión se enfoque en la supervisión a pedido de parte y de oficio, cuyos indicadores deben ser cuantificables en función del procedimiento y

producto que en la práctica se realiza en dicha dirección o relacionarlo con el plan de supervisión; por ejemplo, el número de pronunciamientos y bases integradas definitivas emitidas en el plazo de doce días hábiles o el número de dictámenes emitidos antes de la adjudicación de la buena pro (o antes de suscribir el contrato).

Como un tercer punto, de la revisión de la evolución de la asignación presupuestal del OSCE a la DGR en el periodo del 2019 hasta julio del 2021 se advierte que la función de supervisión a cargo de la DGR se encuentra limitada presupuestariamente pese a ser una de las principales funciones del OSCE, y esta es una de las más bajas en comparación con la asignación a otras unidades orgánicas del OSCE.

Asimismo, como un cuarto punto, de la revisión de las acciones de supervisión realizadas por la DGR del OSCE en el periodo del 2019 hasta julio del 2021 se evidenció que son limitadas en comparación con el nivel de volumen de compras públicas adjudicadas que ejecutan las entidades públicas a nivel nacional y más aún si distinguimos las acciones de supervisión de oficio y a pedido de parte.

En relación con ello, respecto a estos dos últimos puntos, corresponde evaluar la estrategia de supervisión, así como la asignación presupuestal que se le asigna a la DGR para el cumplimiento de sus funciones, más aún si las acciones de supervisión realizadas por la DGR del OSCE son insuficientes en comparación con el nivel de volumen de compras públicas adjudicadas. Considerando ello, se tendría que reforzar el personal que labora en dicha dirección a fin de cumplir o incrementar las metas de supervisión trazadas por el OSCE; asimismo enfocar la estrategia de supervisión y actividades de la DGR del OSCE en función de la supervisión de oficio y de parte, evitando posibles problemas de competencias entre subdirecciones.

En ese sentido, tomando en consideración los resultados de diagnóstico, es necesario que la DGR del OSCE evalúe tanto a nivel normativo como de gestión la labor de supervisión que desempeña en las compras públicas, a fin de velar porque las entidades contratantes realicen sus actividades (fase preparatoria, fase de selección y fase de ejecución contractual) en el marco de la normativa de contratación pública, y así las entidades cumplan con su finalidad pública para proveer a la ciudadanía de servicios públicos que mejoren su calidad de vida.

REFERENCIAS

- Centro Nacional de Planeamiento Estratégico. (2019). *Guía para el Planeamiento Institucional (2019)*. https://www.ceplan.gob.pe/documentos_/guia-para-el-planeamiento-institucional-2018/
- Centro Nacional de Planeamiento Estratégico. (2021, 16 de septiembre). Consulta CEPLAN. <http://app.ceplan.gob.pe/ConsultaCEPLAN/consulta/Default.aspx>

- Ministerio de Economía y Finanzas. (2016, 6 de abril). Decreto Supremo 076-2016-EF, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado-OSCE. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-aprueba-el-reglamento-de-organizacion-y-decreto-supremo-n-076-2016-ef-1364886-1/>
- Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. (2019, 4 de abril). Resolución 062-2019-OSCE/PRE, Formalizan la aprobación de la Directiva 10-2019-OSCE/CD "Acciones de supervisión a pedido de parte y de oficio". <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/formalizan-la-aprobacion-de-la-directiva-n-010-2019-oscecd-resolucion-no-062-2019-oscepre-1758031-1/>
- Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. (2020a). *Diagnóstico y estrategia para la gestión de riesgos en contratación pública*. <https://www.gob.pe/institucion/osce/informes-publicaciones/852130-diagnostico-y-estrategia-para-la-gestion-de-riesgos-en-contratacion-publica>
- Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. (2020b). *Informe de Evaluación de Resultados del año 2019*. <https://www.gob.pe/institucion/osce/informes-publicaciones/544156-informe-de-evaluacion-de-resultados-del-pei-2019-2022-del-ano-2019>
- Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. (2021a). *Informe de Evaluación de Resultados del año 2020*. <https://www.gob.pe/institucion/osce/informes-publicaciones/1891455-informe-de-evaluacion-de-resultados-del-pei-2019-2023-del-ano-2020>
- Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. (2021b, 16 de septiembre). Estadísticas generales de contrataciones públicas. <https://portal.osce.gob.pe/osce/conosce/indicadores-del-mercado-estatal.html>
- Rebollo Puig, P. (2013). La actividad inspectora. En J. J. Díez Sánchez (Coord.), *Actas del VII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Alicante, 8 y 9 de febrero de 2013* (pp. 55-116). Instituto Nacional de Administración de Justicia. https://www.inap.es/documents/10136/1712275/PagInicia_funcion-inspectora-VIII-Congreso.pdf/4b39152d-5b69-8ff3-a832-fab325518e0c
- Shack, N., Pérez, J., & Portugal, L. (2020). *Cálculo del tamaño de la corrupción y la conducta funcional en el Perú: una aproximación exploratoria. Documento de política en control gubernamental*. Contraloría General de la República. http://repositorio.contraloria.gob.pe/bitstream/handle/ENC/18/Calculo_de_la_Corruptcion_en_el_Peru2020.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Shack, N., Pérez, J. & Portugal, L. (2021). *Incidencia de la corrupción y la inconducta funcional en el Perú 2020. Documento de política en control gubernamental*. Contraloría General de la República. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2108082/Incidencia%20de%20la%20corrupción%20y%20la%20inconducta%20funcional%20en%20el%20Perú.pdf.pdf>

PONENCIAS

Evento "La protección a los inversionistas extranjeros en el Perú a través del arbitraje de inversión"

Organizado por el estudio Rodríguez Angobaldo Abogados, en asociación con la firma internacional Hogan Lovells, el 16 de febrero del 2022 en la ciudad de Lima

LA SITUACIÓN ECONÓMICA Y POLÍTICA ACTUAL DEL PERÚ (1)

FERNANDO RODRÍGUEZ ANGOBALDO*
Universidad de Lima, Lima, Perú

Perú está pasando por una situación política única. Si bien es cierto que en nuestra política siempre hemos tenido complicaciones en cuanto a temas de debilitamiento a las instituciones por temas de corrupción, la economía siempre se ha mantenido independiente respecto a las líneas macro. Sin embargo, hoy en día, lo que se pretende establecer a partir de una izquierda muy radical, que sigue teniendo una cuota de poder, es la imposición de ciertas reglas, las cuales generan el denominado riesgo político.

En ese orden de ideas, las empresas que pensaban invertir en el Perú han neutralizado o paralizado sus inversiones. Las empresas están yendo lentas en la inversión y quienes ya tienen inversiones en el Perú se encuentran de espectadores sobre la incertidumbre que estamos teniendo; inclusive con la posibilidad de salir de las inversiones. Entonces, vivimos un momento único en nuestro país.

La exposición que se va a realizar permite situarnos como inversionistas sobre las alternativas que se podrían manejar en caso de que el Estado incumpla a partir de todo el riesgo político que nace de la imposición de ideas políticas que felizmente están siendo neutralizadas gracias a que tenemos instituciones que no son tan sólidas, pero que están funcionando y han permitido neutralizar lo que hace siete meses veíamos como una situación catastrófica. El riesgo político genera consecuencias económicas para el inversionista y esto no es exclusivo de nuestro país.

Nosotros hemos analizado un artículo del Centro de Estudios de la Universidad Católica de Chile sobre diferentes factores que están predominando en América Latina, los cuales son un común denominador en muchos países. Tenemos este problema de la

* Abogado especializado en derecho procesal civil, derecho comercial y derecho concursal. Es socio fundador de Rodríguez Angobaldo Abogados y actual *managing partner* de la firma.

erosión democrática. Esta indica un desgaste y un debilitamiento de las instituciones de cada uno de los países de América Latina o de muchos países de América Latina, que tiene como finalidad debilitar la posición democrática de un país, con la particularidad de que los gobernantes han sido elegidos a través del modo democrático.

Lo vemos en El Salvador, México, Perú, Colombia, Chile, Ecuador y otros países. Son los mismos gobernantes los que erosionan desde adentro, y eso es lo que estamos viendo en el país, las instituciones y las libertades. Vemos también que hay una triple crisis: una crisis de gobernabilidad, una crisis de expectativa y una crisis de certezas.

Hoy día en el Perú y en algunos países de América Latina todo es incierto. Esto, evidentemente, ahuyenta las inversiones. Estamos experimentando un fenómeno de protestas sociales que arrancaron en América Latina aproximadamente en el 2019. Sin embargo, en algunos casos la violencia ha sido mayor. También el fenómeno de la polarización política, hoy en día, implica una amenaza al orden democrático, y creemos que es lo que está sosteniendo este Gobierno. Mucha de la importancia y trascendencia en la polarización política parte de la desinformación a partir de las redes sociales, que finalmente tienen como único objetivo dividir a la población e inhiben a neutralizar la posibilidad de cooperación entre partes que se encuentran en diferentes posiciones políticas o ideológicas. Finalmente, la inversión extranjera está en caída. Con ello, podemos decir que el Estado de derecho no atraviesa por su mejor momento en la región.

LA SITUACIÓN ECONÓMICA Y POLÍTICA ACTUAL DEL PERÚ (2)

ÚRSULA CARO TUMBA*

Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú

La economía de nuestro país se ha visto afectada desde la pandemia mundial que venimos atravesando desde marzo del 2020. Para poder pensar en la reactivación económica tenemos que pensar en la inversión extranjera. Tarea que no es fácil, ya que el actual contexto político de nuestro país no genera las condiciones de viabilidad para que ello ocurra.

Existen condiciones estructurales que dificultan el capital extranjero: la existencia de estructuras públicas precarias que vienen siendo invadidas por la corrupción, así como la inestabilidad política que vive nuestro país, la cual se ha presentado desde la elección del presidente Pedro Castillo. Su política de gobierno pone en riesgo el Estado de derecho e incrementa la incertidumbre en la que vivimos. Esto tiene un impacto en la posibilidad de atraer flujo extranjero para nuestro país.

Pedro Castillo fue el candidato más votado en las elecciones. Castillo ganó no por haber sido la mejor opción, sino que había un fuerte antifujimorismo que hizo que la balanza se inclinara hacia el lado de aquel. De esta forma, llegó al gobierno una persona que no tenía ningún norte y menos una visión clara de lo que quería hacer con el país. Esto lo demostró con su plan de gobierno. Además, estas elecciones dejaron un Congreso muy fragmentado con una heterogénea variedad de partidos, lo que ha obligado a Castillo a formar difíciles alianzas para alcanzar un mínimo de estabilidad. Sin embargo, hasta ahora, esto no ha sido logrado. No hay consenso o una unidad.

Al día de hoy han transcurrido poco más de seis meses de gobierno y el Perú continúa sumergido en una situación económica relativamente inestable. Aún no nos logramos recuperar de los abruptos cambios en el gabinete ministerial. En lo que va del gobierno,

* Socia del estudio Rodríguez Angobaldo Abogados, especializada en prevención y resolución de controversias, arbitraje nacional e internacional, derecho civil inmobiliario y contratación pública.

vamos cuatro gabinetes. La corta vida de los gabinetes ha puesto en evidencia internacional la inestabilidad que ha caracterizado la presidencia de Castillo. Varios de sus ministros han sido cuestionados en el Congreso y han tenido que renunciar en medio de escándalos, lo que demuestra que Castillo ha designado a dedo a todos sus gabinetes. Por ejemplo, el nombramiento de Guido Bellido, quien era un hombre muy cercano a Cerrón, como primer ministro, que generó una reacción en el mercado bursátil. Esto trajo como consecuencia la subida del dólar de 4,10 soles, precio que se mantuvo así por mucho tiempo.

Por otro lado, tenemos que la probabilidad de un escenario político económico extremo está disminuyendo. Las propuestas más radicales no han logrado en lo sustancial mayores avances. El riesgo persiste, pero es más acortado. Por ejemplo, se ha reforzado que cualquier reforma constitucional debe ser aprobada por tres Congresos antes de ir a un referéndum. Esto reduce la probabilidad de que ocurra una asamblea constituyente.

Luego se habló de la posibilidad de estatizar o nacionalizar diversos sectores del país. En Chile, por ejemplo, se está hablando de nacionalizar toda la minería en gran escala. No obstante, los recursos mineros son propiedad del Estado chileno. Lo que se propone es la estatización de las empresas chilenas que pasarían a mano del Estado de Chile. Esta propuesta ha sido aprobada por una de las comisiones de la Convención Constitucional. Pero es todo un procedimiento que sigue en curso, el cual aún falta que vaya al plenario y que en este sea aprobado.

En el Perú aún no existe una discusión jurídica al respecto. También se cuestiona la capacidad de gobernar de Castillo debido a las reiteradas designaciones de personajes, en cargos claves del país, que vienen con antecedentes o que han sido cuestionados entre sí por diversas formas. Existe una percepción generalizada de que la economía peruana no tiene un rumbo y que el Estado es inmanejable. Esto genera una desconfianza.

El contexto económico del periodo actual viene de la siguiente manera: las actividades locales han venido reactivándose paulatinamente a los niveles que tenían antes de la crisis sanitaria. Sin embargo, algunos sectores no han completado su recuperación, ya sea porque vienen siendo afectados todavía con las medidas de aislamiento o por los conflictos sociales.

Con las cifras de crecimiento de octubre y noviembre y los indicadores disponibles para diciembre el PBI se habría expandido entre un 2,5 y 3 % en el cuarto trimestre, con lo que el año en su conjunto generó un crecimiento del 13 %, lo que habría superado el nivel prepandemia. En el comienzo del 2022 los indicadores sanitarios se han deteriorado en el contexto de la tercera ola. No obstante, el impacto económico ha sido moderado debido al aumento de la vacunación. Los indicadores de las actividades de principios de

este año, por su parte, están apuntando a un crecimiento, pero no tan acelerado. Para el 2022 o 2023 se proyecta un crecimiento sostenido del 2 al 3 %. La minería juega un rol bastante importante en la economía del Perú.

En los primeros seis meses del actual gobierno, la presión generó un debilitamiento en este sector. Agudizó la crisis en algunas de las esferas más importantes de este. Como ejemplo tenemos a Las Bambas, la cual es responsable del 2 % de la producción de cobre a nivel mundial y que fue amenazada con cerrar sus operaciones en el país como consecuencia de los crecientes conflictos sumados a la politización del país. Hoy tenemos solamente un proyecto minero, que es Quellaveco, y la Línea 2 del Metro.

Adicionalmente, podemos ver que la confianza empresarial se coloca en una situación pesimista en los últimos meses, aunque está lentamente en un retorno pese a la inestabilidad política. Por otro lado, las políticas del Ministerio de Economía y Finanzas no pueden estar divorciadas de las políticas sectoriales. A pesar de todo, hemos cerrado el 2021 con cinco mil millones de dólares en inversión minera, 5 % más de lo que fue en el 2020, superando el 56,7 % del año anterior. Adicionalmente, existen más de cien proyectos mineros en cartera. Sin embargo, la producción minera se ha colocado un 7 % por debajo respecto al 2019. Esta reducción en la producción se debe al menor ritmo de extracción de algunas mineras, al menor ritmo de inversión minera y a los cierres temporales por conflictos sociales. De estos cien proyectos, cuarenta y tres están en construcción de minas y sesenta en exploración. Esto representa más de cincuenta y tres millones de dólares en inversión en nuestro país.

El Gobierno debería generar las condiciones adecuadas que permitan justamente que simplemente estos proyectos sean viables y generen sostenibilidad en el tiempo. Lamentablemente, nuestro presidente no es consciente del rol importante que tiene la minería en el desarrollo del país. Con cuatro ministros de Energía y Minas en el periodo tan corto que tiene su gobierno, ha generado incertidumbre en la futura cartera de proyectos.

INTRODUCCIÓN AL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

ORLANDO CABRERA*

New York University, Nueva York, Estados Unidos de América

1. LA PROTECCIÓN A LAS INVERSIONES EXTRANJERAS EN EL PERÚ A TRAVÉS DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

El Perú cuenta tanto con tratados bilaterales como tratados de libre comercio con capítulo de inversión, y en estos tratados es donde se consagra el consentimiento al arbitraje. Podemos tomar como ejemplo el Tratado de Libre Comercio celebrado entre Canadá y Perú, donde los dos Estados contratantes consintieron someter reclamaciones al arbitraje; en el artículo 825 consta el consentimiento de cada Estado para someter una reclamación al arbitraje. Este consentimiento y la reclamación a arbitraje de un inversionista cumplen con los requisitos del Convenio CIADI, la Convención de Nueva York y la Convención Interamericana.

Un capítulo de protección a las inversiones en un tratado de libre comercio o tratado bilateral contiene las protecciones que se le otorgan al inversionista. Los estándares de protección que habitualmente se encuentran presentes son protección y seguridad plena, trato nacional, trato de la nación más favorecida, requisitos de desempeño, trato justo y equitativo, transferencias, expropiación directa e indirecta y cláusulas paraguas. Estas protecciones sustantivas se hacen efectivas por medio de consultas, negociación y conciliación, aunque el arbitraje es la vía más efectiva en virtud de que se emite un laudo que condena al Estado y puede ejecutarse en distintos países.

El Tratado de Libre Comercio celebrado entre Estados Unidos y Perú define inversión como: (a) una empresa; (b) acciones, capital y otras formas de participación en el

* Estudió Derecho en la Université de Montréal (UdeM) en Canadá, donde fue alumno de intercambio, y en la Universidad de las Américas Puebla (UDLAP) en México, donde se graduó de la licenciatura en Derecho con la distinción *magna cum laude*. Realizó una maestría en la New York University (NYU), School of Law en los Estados Unidos de América. Estudió en el Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ) de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y en la Escuela Libre de Derecho (ELD) diplomados en Derecho de la Energía, Telecomunicaciones y Competencia Económica.

patrimonio de una empresa; (c) bonos, obligaciones y otros instrumentos de deuda y préstamos; (d) futuro, opciones y otros derivados; (e) contratos de llave en mano, de construcción, de gestión de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares; (f) derechos de propiedad intelectual; (g) licencia, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna, y (h) otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos relacionados con la propiedad, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda. Así, por ejemplo, si un inversionista de Estados Unidos tiene una empresa en Perú, esta inversión estaría protegida bajo dicho tratado.

La protección en estos tratados es extensa. Las protecciones sustantivas incluyen la expropiación directa, la cual ocurre cuando se priva al inversionista de su propiedad y por lo general existe una transferencia de título de propiedad. La expropiación indirecta puede ocurrir cuando el Estado realiza actos administrativos que privan al inversionista de su inversión. Un ejemplo sería cuando de forma arbitraria y discriminatoria el Ministerio de Minas revoca permanentemente un decreto por el que se otorgaba a una empresa una concesión.

Otro derecho sustantivo es el trato justo y equitativo, que contiene las nociones más amplias en cuanto a buena gobernanza y Estado de derecho expresadas en términos de estabilidad, transparencia y predictibilidad. En el caso *Cervin c. Costa Rica*, el tribunal interpretó que el trato justo y equitativo protege contra la frustración de expectativas legítimas cuando hay un repudio deliberado de los principios en los que se basa el marco regulatorio, la arbitrariedad, la irracionalidad, la falta de transparencia, la violación del debido proceso administrativo y la mala fe. Administraciones populistas violan con mayor frecuencia el trato justo y equitativo, sobre todo cuando actúan de forma arbitraria e irracional, cuando el marco regulatorio estaba en un sentido y, posteriormente, llega una nueva administración populista y de forma arbitraria cambia todo por completo, de forma tal que afecta al inversionista.

Otro estándar de protección es la seguridad y protección plena que a veces va de la mano con el trato justo y equitativo, que es una obligación de no lastimar al inversionista o la inversión a través de actos atribuibles al Estado; proteger sus inversiones de actos de particulares en disturbios, acciones y omisiones (por ejemplo, comunidades indígenas que se levantan contra las empresas), y complementar el monopolio del Estado sobre el uso de la fuerza (donde el Estado hace uso de la fuerza tanto por un hacer como un no hacer).

Respecto al número total de arbitrajes de inversión, a diciembre del 2017 había un total de 817 casos conocidos. Argentina, por el tema de la pesificación y las crisis económicas, había sido el más demandado; luego Venezuela, por un gobierno populista al igual que Bolivia; Perú había tenido un desempeño razonable en virtud de toda la

inversión extranjera directa que tenía. A nivel mundial, se calculaban unos 1023 casos hasta 2019, los cuales han aumentado de manera sustancial, principalmente desde la década del 2000. Argentina continúa siendo el más demandado por las devaluaciones, las inflaciones, los cacerolazos y demás problemas que tuvieron durante esa década; España ahora es el segundo país más demandado debido al cambio regulatorio en materia de energías renovables; la República de Venezuela tuvo gobiernos con políticas de expropiaciones muy fuertes, y la República Checa, que pasó del comunismo al capitalismo, también ha enfrentado muchos casos.

Recientemente, Perú ha salido en las noticias como uno de los países con mayor número de demandas ante el CIADI, registrando más de quince casos nuevos. ¿Cuántos casos hay contra Perú hasta el 2021? Según la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés), en total Perú ha tenido veinticinco casos, de los cuales dos se discontinuaron, dos se transigieron, seis se decidieron a favor del Estado y dos a favor del inversor. Sin embargo, actualmente Perú enfrenta trece casos y aquí es donde se viene el problema. ¿Cómo leemos esto? A Perú le ha ido bastante bien, pero había tenido doce casos, lo cual no representaba mayor riesgo en poco más de una década, pero ahora hay trece casos pendientes y podría ser que veamos condenas sustanciales a pagar daños; por ejemplo, el caso de Odebrecht y otros en materia de gas. Hasta ahora, los casos en los que ha perdido el Estado han sido dos: Bear Creek Mining y Tza Yap Shum. Por ello, podemos decir que le ha ido muy bien a Perú: ha perdido alrededor de veinte millones de dólares, que no es nada comparado con las otras condenas que hemos visto en algunos países como India, Rusia y Pakistán. Entonces, le ha ido muy bien a Perú.

2. EL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES Y LA ACTUAL ADMINISTRACIÓN

El CIADI es un brazo del Banco Mundial que administra conciliaciones y arbitrajes en materia de inversiones extranjeras. Cabe aclarar que existe el Convenio CIADI, que es un convenio internacional firmado por una multiplicidad de países. Tiene un reglamento de arbitraje y este convenio fundó el CIADI, que es un organismo internacional con sede en Washington. El Convenio CIADI entró en vigor en 1966. En el último conteo hubo 156 Estados contratantes de este convenio. Uno de los Estados más recientes en adoptarlo ha sido México, aunque Perú tenía una tradición mucho más antigua y eso es bueno porque refleja una seguridad para los inversionistas en cuanto al Estado de derecho. En la región, los países que han dejado de ser miembros del CIADI son Venezuela, Bolivia y Ecuador; por sus políticas decidieron separarse del convenio, pero Ecuador se acaba de volver a unir. No obstante, Perú destaca porque de forma constante sigue reflejando esa protección a las inversiones dando desde hace décadas una buena

señal, un aliciente de que el Estado de derecho, si no se cumple a cabalidad en el ámbito local, en el marco internacional sí se puede hacer cumplir.

Ahora, ¿qué ha dicho esta administración con relación al CIADI? El actual presidente, en junio del 2021, antes de ser presidente, prometió denunciar el Convenio CIADI y negociar todos los tratados. El ideario y programa de Perú del doctor Vladimir Cerrón Rojas considera que el CIADI y este sistema de justicia internacional están al servicio de las transnacionales y, peor aún, que “los árbitros se enriquecen por cada causa vista fallando a favor de quienes logran corromperlos”. Yo honestamente no creo que sea así porque ya dijimos que Perú solo ha perdido dos casos, es decir, han sido muy pocos. El Gobierno actual tiene una visión muy desinformada de lo que es la realidad y muy negativa; entonces, hay que estar a la expectativa de si decide o no terminar con todos estos tratados. No es coincidencia que Perú refleje los sectores donde con mayor frecuencia nacen estos casos de arbitraje de inversión, pues Perú, siendo un país minero, es, por consiguiente, donde más ocurren o más frecuentemente ocurren los casos de petróleo, gas, minería y renovables.

En cuanto al procedimiento arbitral, ocurre como cualquier otro proceso: se presenta una notificación, hay un periodo de espera de seis o a veces tres meses y transcurre el procedimiento hasta llegar a un laudo.

3. CASO PRÁCTICO: BEAR CREEK MINING C. PERÚ

Los hechos de este caso ocurrieron en un sitio de Santa Ana, Puno, el cual tiene sesenta y tres millones de onzas de plata, y se llevó a cabo según el Tratado de Libre Comercio suscrito entre Canadá y Perú.

En el 2007, Bear Creek Mining o BCM, una empresa minera, adquirió la concesión minera y empezó trabajos de exploración y estudios de impacto ambiental y social. Durante este tiempo, hubo fricciones con las comunidades locales. Siendo así, en el 2008, hubo problemas severos porque el personal de BCM fue amenazado y atacado, y sus oficinas saqueadas e incendiadas. Esto podría ser una violación a la seguridad y la protección plena. Sin embargo, no se decidió sobre ese punto.

En el 2011, hubo un decreto presidencial que suspendió el proyecto y canceló el derecho de la minera a explotar en cincuenta kilómetros la frontera bajo el argumento de que no estaba en el interés nacional.

Sin embargo, un tema interesante es que el Primer Juzgado Constitucional de Lima concluyó que la revocación del Decreto Supremo 083 fue inconstitucional. En este caso, se evidencia cómo hubo una interacción entre medios de defensa locales e internacionales, pues esta sentencia le da tranquilidad al tribunal arbitral porque es una prueba en que se declaró la inconstitucionalidad.

El tribunal resolvió que BCM tenía derechos protegidos conforme al tratado, pues tenía una concesión. Asimismo, decidió que ocurrió una expropiación indirecta porque las acciones del Gobierno tuvieron un impacto negativo en la inversión de BCM. También se concluyó que fue una expropiación ilegal porque Perú no le dio oportunidad a BCM de ser oída antes de revocar sus derechos mineros y no indemnizó.

El tribunal condenó a pagar costos hundidos porque la inversión no había iniciado como tal, estaba en una fase muy incipiente y consideró el futuro del proyecto especulativo e incierto. De este modo, se condenó a pagar 18,2 millones de dólares más intereses y costas de abogados.

CONCLUSIONES

ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI*
Universidad de Lima, Lima, Perú

Hoy se nos ha convocado sobre un tema que gira en torno al inversionista extranjero. Este requiere de una garantía, de una protección, y ello se ve reflejado inicialmente en el arbitraje especializado de inversión. El arbitraje de inversión es una forma específica de solución de controversias que reconoce la ley.

Fernando nos brindó una muy gráfica exposición de lo que es el riesgo político que se toma muy en cuenta en los temas de arbitraje de inversión y nos presentó cómo en América Latina existe una democracia defectuosa, básicamente sustentada en temas de la erosión democrática, de protestas, de violencia, de política y de la tremenda caída de la inversión.

En ese contexto, Úrsula se centra en el tema local, en el tema peruano, en el contexto político del nuevo gobierno que ha creado una incertidumbre, una duda, una incerteza que no solo genera un impacto en el tema político, en el tema económico y en el tema social interno, sino que también se refleja en el tema externo, es decir, en la inversión, al existir inestabilidad y no tenerse nada en claro acerca de las alianzas políticas que este gobierno necesita para consolidarse y para darnos a todos, locales y extranjeros, la capacidad para invertir en nuestro medio.

Luego, entra Orlando, con un grado de tecnicismo para quitarse el sombrero. Él trata el tema del futuro del arbitraje del Perú: cómo vemos y cómo debemos ver el arbitraje en el Perú. Nos presenta el arbitraje de inversiones a nivel mundial; obviamente tiene una referencia importante en el Perú. Indica que el arbitraje en nuestro país es un modelo, ha tenido un buen desarrollo, una buena performance en la defensa de casos ante el

* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor principal e investigador en la Universidad de Lima y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Investigador del Registro Nacional Científico, Tecnológico y de Innovación Tecnológica (Renacyt) (P0010485) del Consejo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación Tecnológica (Concytec). Responsable del Grupo de Investigación en Derecho Civil del Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima.

CIADI. Sin embargo, pone la nota de que debemos tener mucho cuidado y atención con los arbitrajes que se pueden ir generando. Se pregunta acerca de qué es el arbitraje de inversión, el cual tiene dos partes: el inversor y el Estado. Se mencionan casos muy específicos en los cuales se han presentado los arbitrajes de inversión, como son los casos de la expropiación directa, la expropiación indirecta, el trato justo y regulatorio y la seguridad y protección plena. Luego se nos presentó una interesante precisión acerca de los arbitrajes en América Latina, para ver cómo están las posiciones en Latinoamérica. Ahí tenemos a Argentina y Venezuela. Después, a nivel mundial, se mantiene a la cabeza Argentina, luego viene España y también aparece Bolivia. También nos detalla de manera muy interesante qué es el CIADI, un organismo del cual siempre escuchamos, siempre leemos, pero no sabemos de qué se trata. El CIADI, como bien se ha dicho de una manera muy gráfica, es el brazo extendido, es esa mano que le otorga el Banco Mundial a los inversionistas para poder solucionar sus problemas de una manera técnica, precisa y adecuada, dado que la jurisdicción ordinaria o la jurisdicción arbitral en los países locales no funciona. Eso termina siendo el CIADI, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones. Sobre ese contexto se desarrolla, a modo de praxis, el caso Bear Creek Mining and Perú.

Respecto al financiamiento de arbitraje de inversión, se menciona que es un tema complementario, pero no es así. A mi parecer, es el tema más importante de todos, porque no se trata de saber solo cómo llegar, con dinero; para ello, es básico saber cómo activar el arbitraje a través del dinero que yo tengo para poder solventarlo. Sabemos que los procesos son costosos —hay que invertir en el proceso— y vemos que los inversionistas están pensando en cómo financiar la solución de controversias internacionales, pues estas terminan siendo un negocio. Esto es bueno porque nos da a los abogados la tranquilidad de poder recurrir a las instancias internacionales conscientes de que se va a cumplir con todos los costos y gastos que genera este tipo de controversias internacionales. Se nos dice que este tipo de procesos son complejos y especializados; por lo tanto, hay que invertir porque, al ser costosos, cuestan el CIADI, los árbitros, los abogados, los peritos económicos, los peritos de ingeniería, los peritos legales, entre otros. Entonces, tenemos que romper esa barrera que existe, ese acceso a la justicia arbitral internacional a través de los fondos de inversión. Estos terminan siendo un mecanismo no solo complementario, sino fundamental en el desarrollo de los arbitrajes internacionales.

La verdad, queridos amigos, esta es una síntesis de un tema apasionante. No solo es un tema actual coyuntural: es un tema del futuro, y todos nosotros estamos obligados a seguir aprendiendo con las grandes intervenciones que hemos tenido hoy. Muy agradecido a todos.

ENTREVISTAS

**A SECRETARIOS GENERALES
DE CENTROS DE ARBITRAJE**

ENTREVISTA A SILVIA RODRÍGUEZ VÁSQUEZ*

SOBRE EL ARBITRAJE

¿Cómo ha sido la adaptación del sistema arbitral al entorno virtual? ¿En qué medida afectó la pandemia en el arbitraje?

Reflexionaba sobre esta adaptación que se ha tenido y una cosa es verlo ahora, año 2022, y otra cosa es verlo en el año 2020. En el año 2020 existía mucho miedo, mucho temor y obviamente desconocimiento. Pero, cuando uno lo mira desde el año 2022 hacia atrás, puede decirse que la adaptación ha sido muy positiva.

Desde el año 2001 me vengo desempeñando como secretaria general de arbitraje y siempre he tratado de mejorar la administración de los arbitrajes. Años antes de la pandemia, nuestro centro empezó a dar pequeños pasos para intentar que los usuarios del arbitraje se acostumbren al entorno virtual. Recuerdo que, en el año 2015, iniciamos con algunas medidas; por ejemplo, creamos un *software* para que las partes pudieran hacer un seguimiento virtual de las actuaciones arbitrales. Para nosotros esto era muy importante, pues las partes podrían visualizar el avance sin necesidad de tener que esperar llamar al secretario arbitral o tener que acercarse al local para ver el expediente. La mentalidad era que todo era físico, todo era papel. Para nosotros, el *software* era una herramienta para los usuarios para saber cómo va el arbitraje, tener información pronta, evitando demoras. Sin embargo, algunos usuarios lo usaban, mientras que otros no. A pesar de eso, mantuvimos ese *software* con la idea de que a futuro nos ayudase a ingresar escritos. Queríamos ver cómo se iban adaptando las personas. Al año siguiente tomamos la decisión de escanear escritos con un máximo de hojas —por

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Civil por la misma casa de estudios. Especialista en arbitrajes derivados de contratos con el Estado y en derecho de la construcción. Docente y secretaria general en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

La entrevista fue elaborada por la revista *Ius et Praxis* y realizada por Josué Pérez, Camila Zumaeta y Mateo Dueñas, estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

ejemplo, si tenían cincuenta hojas—, para que los árbitros los pudieran ver rápidamente. Llegaban los escritos en físico y nosotros teníamos que escanearlos y mandárselos a los árbitros. Ese era el máximo de virtualidad que podíamos tener en ese momento y hubo resistencia.

En el año 2017, nos dimos cuenta de que teníamos que cambiar la mirada del arbitraje que hasta ese momento se estaba teniendo. Nuestro país tiene el arbitraje en contrataciones con el Estado y, mientras más arbitrajes ingresaban, era más difícil administrarlos, el servicio se empezaba a ralentizar y por ejemplo teníamos problemas para notificar. Así, decidimos privilegiar la notificación por correo electrónico y lo dispusimos así en nuestro reglamento de arbitraje, que privilegia la notificación por correo electrónico a la notificación en físico. Para ello, colocamos un desincentivo en el uso de la notificación en físico, ya que se creó una tasa para este tipo de notificación; de esa manera, se incentivaba la notificación por correo electrónico.

La respuesta de los usuarios del arbitraje —partes, árbitros, abogados— no fue muy positiva. Hubo muchísima resistencia a todo lo que significaba virtualidad; por ejemplo, algunos árbitros no querían recibir escaneado el escrito, sino que querían recibirlo en físico, aún si fuera de una sola hoja. Advertimos que se quería seguir privilegiando la presencialidad y el uso de papel. Lo mismo ocurrió con el uso de las notificaciones vía correo electrónico.

A pesar de esto seguimos avanzando y tratando de virtualizar las actuaciones arbitrales, y el primer paso fue escanear la documentación que llegaba en físico, pues sabíamos que este futuro iba a llegar, pero no sabíamos en qué momento.

Con la pandemia, esta resistencia cambió. Ya no era una opción el arbitrar de manera presencial: árbitros, partes y abogados tenían que adaptarse rápidamente, sino ellos quedarían rezagados y, lo peor para cualquier árbitro o abogado que tiene a su cargo la defensa en arbitrajes, saldrían del mercado arbitral laboral. Respecto a las partes, el no adaptarse significaría que se verían afectadas en la tramitación de sus arbitrajes.

Esta pandemia hizo evolucionar en pocos meses lo que no se logró en años anteriores a través de diversas medidas. Y eso nos llevó a reflexionar que el problema no era la tecnología, sino que eran las personas que no se querían adaptar, pues cuesta salir de la zona de confort. Los que quieren mantener el *status quo* lo hacen porque les parece más cómodo y evitan el contratiempo de estar aprendiendo más cosas.

Esta pandemia logró que en pocos meses los usuarios se adapten, capacitándose en el uso de los correos electrónicos, el uso de plataformas, etcétera. Ahora es usual que todo el desarrollo de las actuaciones arbitrales se realice de manera virtual y es más bien una excepción que alguien pida que un acto se lleve a cabo de manera presencial. Es tan inusual que en todo este tiempo de pandemia no hemos tenido ninguna audiencia

presencial. Hemos tenido un acto presencial, que no era una audiencia, sino que era la ejecución de un medio electrónico, una pericia grafotécnica.

¿Cómo se afectaron los casos en trámite al iniciar la pandemia? ¿Cuál fue el efecto de la suspensión de plazos?

Todos sabemos lo que pasó ese 15 de marzo del 2020: de un momento a otro se ordenó el aislamiento social obligatorio y nadie podía salir del lugar donde se encontraba. Los usuarios del arbitraje, incluso nosotros como centro, no teníamos acceso a nuestra oficina. El mismo día, 15 de marzo, sacamos un comunicado a las 11 p. m. suspendiendo los plazos, pues nos dimos cuenta de que los abogados y las partes no iban a tener acceso a sus lugares de trabajo, donde se encontraban los expedientes y —más importante aún— donde se encontraban los documentos necesarios para efectuar su defensa. Un abogado que defiende a un privado necesita los documentos para ejercer la defensa y no iba a tenerlos, pues su cliente no podía acceder a sus instalaciones. Una entidad es defendida por una procuraduría y no tiene la información total de la obra, bien o servicio, sino que la tiene el área usuaria, por lo que tampoco podrían ejercer una defensa adecuada al no tener la documentación. Esto iba a generar un gran problema para nuestros usuarios. Sin embargo, nuestro reglamento otorgaba la facultad también al centro de suspender los plazos de los arbitrajes; por eso, válidamente tomamos la decisión de suspender los plazos con dos objetivos: (i) que las partes pudieran acceder a la información necesaria para ejercer su defensa sin problemas y (ii) que las partes y los árbitros pudieran adaptarse al entorno virtual.

Consideramos también los diversos tipos de usuarios que tiene el centro: algunas son empresas privadas muy grandes, pero tenemos arbitrajes también con empresas pequeñas, así como usuarios que son entidades del Estado que pertenecen a diversos estamentos de aquel. Hay empresas muy grandes que saben manejar la virtualidad, pero también hay empresas pequeñas que están litigando y que no tenían conocimiento del uso de plataformas, etcétera. Lo mismo sucedía con las entidades del Estado, hay diferentes realidades. Una entidad del Gobierno central que está ubicada en Lima es distinta de una entidad de un gobierno local que está ubicada fuera de una provincia, en un lugar lejano. Los abogados también tenían que adaptarse, capacitarse en el entorno virtual, y obviamente teníamos que darles un plazo razonable para hacerlo: encontrar una computadora que cumpla con los mínimos requerimientos, contratar una buena señal de internet, capacitarse en el uso de las diversas plataformas. Era necesario darles ese tiempo, y la clave estaba en mantener constante en constante comunicación con las partes a través de correos electrónicos o de llamadas y comunicados. Indagábamos cómo iban avanzando en la adaptación a la nueva realidad. Existieron usuarios que se adaptaron muy rápidamente, pero otros no; incluso una vez levantada la suspensión que había dispuesto el centro, en julio del 2020, algunos arbitrajes continuaron suspendidos por acuerdo de partes y con aprobación de los árbitros.

En ese tiempo nosotros también nos adecuamos. Nuestro centro tenía gran parte de los arbitrajes escaneados y teníamos acceso a las actuaciones arbitrales desde nuestras casas, ya que teníamos acceso a nuestro servidor. Pero había expedientes que aún estaban en físico y debíamos digitalizarlos.

Utilizamos también ese tiempo para preparar las reglas y comunicar a los usuarios sobre esta nueva normativa, ya que el servicio debió migrar a la virtualidad en un 100 % para que en el futuro pueda desarrollarse sin problemas. También era importante saber cómo íbamos a recibir los nuevos arbitrajes y cómo se iban a desarrollar. Yo estoy segura de que fue una buena salida para que todos los usuarios se sintieran cómodos adaptándose a esta nueva realidad. Hubo un grupo muy reducido que se resistió y solicitó que se realicen de manera física y presencial los arbitrajes, lo cual era imposible por el estado de emergencia sanitaria.

¿Cuánto afecta la normativa que se expidió frente a aquella previa a la pandemia?

Nosotros nos basamos en la normativa del Gobierno que ponía relevancia al derecho de salud como un derecho superior sobre cualquier otro. Y precisamente el estado de emergencia sanitaria lo recoge. Toda la sociedad debía adaptarse a las normas que dicta el Gobierno. Frente a esta emergencia de salud, teníamos que dar reglas para que la actividad que realizamos no contravenga este derecho superior.

Se han tenido casos en los que una parte se niega a recibir correos electrónicos, pese a que nosotros sabemos que ese correo electrónico es el que usa en otro arbitraje para recibir sus notificaciones. Para eso hemos dado soluciones que están en nuestro protocolo. Todo depende de que las partes tengan buena fe. Si la parte demandante presenta un arbitraje a través de la mesa de partes virtual y señala el correo electrónico del demandado, pero dicha parte no contesta, nuestra regla indica que se enviará de manera presencial, pero si igual no contesta vamos a seguir notificando al correo electrónico porque significa que no está adaptándose a esta nueva forma de trabajo. Y por convenio las partes tienen que adaptarse a las reglas del arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú. No hemos tenido problemas hasta el momento, sobre todo porque en la mayor cantidad de arbitrajes que tenemos, el Estado es el demandado, y tiene mesas de partes virtuales o múltiples correos electrónicos. Cuando se trata de privados, hemos tenido mucho cuidado para poder notificarlos y hacer valer el tema de que ya tienen conocimiento y que depende de esa parte apersonarse en el arbitraje. Esta ha sido una buena salida; las partes se han adaptado a las reglas de una audiencia virtual y del *software* para presentar solicitud de arbitraje. Poco a poco estamos evolucionando de tal manera que se lleven a cabo virtualmente todas las actuaciones arbitrales y tenerlas en una plataforma.

¿Realmente se garantiza el debido proceso en una audiencia virtual, considerando problemas de conectividad (conexión-acceso) y de conocimiento de los medios tecnológicos?

Desde mi punto de vista, en el tema del debido proceso sí se garantiza porque se escucha a las partes, a los testigos, a los peritos; se puede presentar documentación, y los árbitros pueden efectuar preguntas en el momento. El tema de la intermediación también se cumple. En nuestro caso, tomamos las providencias para que las audiencias virtuales tengan reglas que sean conocidas por las partes de manera previa. Por ejemplo, las partes conocen con antelación la fecha de la audiencia, pero también se les pide que con anticipación —en un plazo determinado— remitan los nombres y los correos electrónicos de las partes que van a intervenir en la sesión. Así uno sabe quién va a estar y en calidad de qué va a estar. Además, solicitamos que ingresen —por lo menos— quince minutos antes para verificar la conexión y el uso del micrófono; asimismo, la audiencia queda grabada para que puedan revisarla. A pesar de que no se encuentren en el mismo ambiente físico, con la virtualidad se ha notado que hay una mayor cercanía entre las partes y los árbitros, y la intermediación, procesalmente hablando, es conexión directa; las partes y los árbitros se ven. Pero en este caso hay aún más cercanía, y es algo ya psicológico porque ves el rostro del árbitro. Puedes ver sus expresiones y observar si cuando exponen el árbitro está entendiendo o el tema es de su interés. Es más, recuerdo que algún expositor en algún momento mencionó que ya no se pueden quedar dormidos los árbitros porque los están viendo de manera directa. Estamos muy cercanos. La intermediación, si bien no se está cumpliendo con el concepto antiguo de lo que significa, es un término que se debe adaptar a esta nueva realidad que tenemos.

En cuanto el conocimiento de los medios tecnológicos, al principio de la pandemia, había mucho temor sobre el uso de las plataformas, de las mesas de partes virtuales. Y nosotros mismos decíamos lo siguiente: ¿cuánto tiempo va a tomar adaptarnos? Pero ya ha pasado un año y medio y les puedo decir que esta suspensión de plazos coadyuvó mucho a ayudar a las partes a aprender a adaptarse. Podemos hacer un símil con el uso de los teléfonos móviles; para la generación mía adaptarse a los *smartphones* fue extraño, a algunos les ha tomado más tiempo adaptarse y otros, por el constante uso, no han tenido tantos problemas. Lo mismo ha sucedido con las plataformas; hay mesas de partes virtuales, hay *softwares* que se utilizan y yo creo que el conocimiento tecnológico puede generar problemas, pero va a depender de las personas adaptarse. Pienso, por ejemplo, en una entidad muy pequeña, pero que tiene que demandar, tiene que ubicar a algún abogado o asesor que le brinde el apoyo. Los asesores pueden darles mayores ideas y por eso está la opción de buscar a la persona adecuada para asesorarlos, hablando de una entidad. En el caso de un privado, podemos decir lo mismo. Ubicar un asesor joven que pueda tener estos medios tecnológicos. Lamentablemente, les está pasando factura a las personas que no utilizaron ese tiempo para adaptarse y tener

conocimiento del uso de las nuevas plataformas. Estamos ante un cambio de generación en que se privilegia a aquellos que saben utilizar los medios tecnológicos. Los nuevos analfabetos son los que no manejan los medios tecnológicos. Aquel que no se actualiza queda rezagado. Si hay algún problema de conexión, tan fuerte que no permita que una audiencia se pueda realizar, el arbitraje es tan flexible como para, por ejemplo, si no se pueda realizar una audiencia en un arbitraje institucional, ubicar al secretario arbitral y decirle que está sufriendo un problema muy grave e incluso se pueda suspender la audiencia y reprogramarla. La idea es que las partes realmente colaboren con el desarrollo de las actuaciones arbitrales y que haya buena fe en el proceder. Incluso eso está en la norma, que deben colaborar y obrar de buena fe. Pero, si existe un problema de conexión y este se hace eterno, todo el tiempo tiene problemas de conexión, por lo menos hay negligencia, ya que las partes deben lograr que el arbitraje avance. La conexión ya no es algo imposible de lograr. Nosotros hemos tenido casos con municipalidades muy alejadas que sí se han podido conectarse sin ningún problema. Entonces, hay que ir notando si es que existe un uso indebido de esta flexibilidad. Pero les puedo decir, con esta experiencia de casi tres años que tenemos de la virtualidad, que las partes sí están colaborando, específicamente en las audiencias. En las audiencias no hemos tenido problemas de conectividad, siempre se han realizado, siempre han quedado grabadas, siempre ha funcionado.

¿Considera que las audiencias virtuales serán una medida temporal o van a perdurar en el tiempo?

Desde mi punto de vista, todos los centros de arbitraje —y especialmente el nuestro— consideramos que la virtualidad en el arbitraje ha llegado para quedarse. Y, más aún, en la realización de las audiencias. Hay un ahorro de recursos de todo tipo. Desde el tiempo hasta el tema económico. Por ejemplo, alguien de provincia tenía que pagar el pasaje de avión o bus, la estadía y todo lo necesario para estar alojado en una ciudad como Lima. Esto impactaba en la parte económica, sin considerar el tiempo perdido. Y para los que vivíamos en Lima ir a una audiencia podía significar toda una tarde o una mañana perdida. El ahorro en recursos es muy alto. Las desventajas podrían ser mínimas. El avance de la tecnología nos permite trabajar de manera directa sin ningún problema. Es más, los abogados deberían ser los más interesados en que la virtualidad se quede, ya que un abogado que se encuentre en cualquier parte del Perú podría asesorar a alguien que no esté en su lugar de residencia. Podría estar al otro lado del mundo y —al mismo tiempo— en la audiencia sin ningún problema. Eso nos hace ver que realmente podemos tener mayor alcance, mayores posibilidades para las partes de realizar rápidamente su arbitraje. Hay menos reprogramaciones ahora. Antes teníamos el problema de que se retrasó el avión, de que llegó tarde el árbitro. Ahora ya no, salvo que haya un corte de luz e incluso para ello existe una solución usando el celular. Entonces, esto nos hace

ver que siempre podemos estar conectados y nos permite el avance del arbitraje. De todas maneras, en algún momento habrá alguna audiencia que deba manejarse de forma presencial —incluso nuestro protocolo lo menciona—, que lo puede pedir una parte, pero nosotros hemos dispuesto que debe justificarse. Por ejemplo, que hubo un derrumbe en la zona y no hay internet desde hace mucho tiempo. Son excepciones. Hasta el momento no hemos tenido ninguna audiencia en sí que sea presencial porque pasó algo en específico. Las desventajas del arbitraje virtual son mínimas y los beneficios son muy altos.

Frente a esta coyuntura, ¿cuál es la perspectiva por parte de los usuarios acerca del arbitraje? ¿Hay alguna concientización respecto a su eficacia?

En este momento todavía estamos atravesando una etapa de transición para que haya una concientización real de que es mejor tener un arbitraje virtual. Pero muchos lo deben sentir ya. Todavía vemos en los usuarios que no están convencidos al 100 % de que el arbitraje virtual es mejor; son aquellos que asimilan el arbitraje al Poder Judicial. Entonces, son aquellos que siguen llamando por teléfono para que les digas cómo va su expediente en lugar de utilizar la plataforma que tenemos desde hace más de seis o siete años, que brinda toda la información del avance del expediente. Pero son pocos usuarios. Yo creo que la gran mayoría ha notado que la virtualidad ha traído bastante ventaja y ha bajado los costos en gran manera. Como, por ejemplo, tener que imprimir miles de hojas de papel dejando una huella ambiental terrible. Este nuevo tipo de arbitraje les ha hecho cambiar la perspectiva a los usuarios de qué es lo que se debe presentar y cómo hacerlo. También, les ha cambiado la perspectiva a los árbitros, que no necesitan tener los documentos en físico, sino que los pueden leer en su propia computadora. Es un tema de generación; tal vez los árbitros mayores puedan tener mayor resistencia a este cambio que los jóvenes. Es un tiempo de transición que se tiene que dar y, probablemente, en algún momento lleguemos al 100 % de los usuarios convencidos con el arbitraje virtual: con el envío virtual de todo, con las audiencias virtuales y utilizando las plataformas de los centros de arbitraje; estoy segura de que se va a dar en un corto tiempo. La pandemia ha sido terrible, ha afectado muchísimo la vida en nuestra sociedad. Pero, por otro lado, no podemos negar que este fue el empuje necesario para que la tecnología pueda usarse y puedan ahorrarse muchos costos como por ejemplo el tema ambiental. La pandemia nos ha ayudado a confirmar que es posible reducir al mínimo la cuestión presencial en el arbitraje.

ENTREVISTA A ÁLVARO AGUILAR*

SOBRE EL ARBITRAJE

¿Cómo ha sido la adaptación del sistema arbitral al entorno virtual? ¿En qué medida afectó la pandemia en el arbitraje?

En líneas generales la adaptación a la virtualidad ha sido bastante positiva. Algunas instituciones arbitrales, tanto internacionales como locales, han jugado un rol importante publicando guías y generando pautas sobre la tramitación electrónica y por medios virtuales sobre la base de su propia experiencia, lo que permitió que esta adaptación se llevara a cabo de mejor manera.

Yo puedo referirme particularmente a la experiencia que hemos tenido en el Centro Internacional de Arbitraje de AmCham Perú. En nuestro centro el procedimiento de los arbitrajes ya estaba adecuado para que todas las tramitaciones se realizaran a través de medios electrónicos o virtuales, salvo las audiencias. La presentación de escritos se efectuaba, desde antes de la pandemia, por correo electrónico; los plazos corrían automáticamente y en la mayoría de nuestros casos se usaban calendarios de actuaciones que ordenan el procedimiento.

Esta mecánica, que corresponde en gran medida a la práctica internacional, estaba siendo bastante aceptada por los usuarios del centro en arbitrajes domésticos, aunque siempre había cierto grado de resistencia al cambio. La pandemia hizo que este proceso se acelerara tremendamente, pues impuso la necesidad de hacerlo así. Ya no era una propuesta de nuestra institución arbitral, sino que los hechos llevaron a que los usuarios que se resistían a este tipo de cambio tuvieran que adaptarse de manera rápida.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Regulación de Servicios Públicos por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Secretario general del Centro Internacional de Arbitraje de AmCham Perú.

La entrevista fue elaborada por la revista *Ius et Praxis* y realizada por Josué Pérez, Camila Zumaeta y Mateo Dueñas, estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

Donde hubo un mayor esfuerzo de adaptación fue con relación al desarrollo de las audiencias. Previamente al inicio de la pandemia, las audiencias se llevaban a cabo de manera presencial, salvo alguna excepción en que una declaración de un testigo o perito se realizaba por medios virtuales porque se encontraba fuera del país y no podía viajar a efectuarla en persona. No obstante, en estos casos, solamente quien declaraba estaba conectado por algún medio tecnológico y no había, como ocurre ahora, una reunión virtual de todos los participantes en el arbitraje.

Ayudó mucho a esta adaptación que existieran plataformas diseñadas especialmente para llevar a cabo reuniones virtuales, como Zoom, WebEx, Teams y otras más. Simplemente, lo que se tenía que hacer era poner esas plataformas a disposición de los usuarios y familiarizarse con ellas al máximo para aprovechar todas sus funcionalidades.

Hay que destacar que este cambio no solo se dio a nivel de arbitraje, sino que ocurrió en distintos ámbitos. Ustedes son estudiantes de Derecho y la pandemia debió sorprenderlos en los primeros años de su carrera. Durante la cuarentena nadie podía salir de sus casas y era inevitable usar y adaptarse a este tipo de sistemas virtuales y electrónicos. Estoy seguro de que ustedes han tenido que sufrir un poco adaptándose a recibir clases por Zoom o por alguna otra plataforma similar. A estas alturas, sin embargo, deben estar totalmente acostumbrados a realizar todas sus actividades académicas por medios virtuales o electrónicos. Lo mismo ha ocurrido con el arbitraje.

¿Cómo se afectaron los casos en trámite al iniciar la pandemia? ¿Cuál fue el efecto de la suspensión de plazos?

El estado de emergencia y la cuarentena se anuncian un domingo y empezaron a tener efectos a partir del lunes 16 de marzo del 2020. Todo el mundo fue sorprendido con la medida, pero en el caso particular del Centro Internacional de Arbitraje de AmCham ya veníamos trabajando con mecanismos electrónicos. El 90 % de nuestros casos se venían desarrollando de esa forma, por lo que teníamos gran parte de la información de los casos digitalizada porque desde un tiempo antes veníamos trabajando con el Office 365, que te permite almacenar la información de los casos en la nube. Esto tuvo como efecto que en AmCham Perú no sufriéramos un *shock* tan complicado.

Como al momento en que se declaró el estado de emergencia y se decretó la cuarentena pensábamos que las limitaciones de movilizaciones no iban a durar más de quince días, el mismo 16 de marzo el centro decidió emitir un comunicado, vía web y por correo electrónico, señalando que se estaba coordinando con los tribunales, caso por caso, si es que era necesario suspender los procedimientos. Si no se recibía una comunicación distinta del tribunal, el caso quedaba suspendido desde la fecha del comunicado. Asimismo, la regla para aquellos casos en los que no se había constituido un tribunal arbitral fue que los plazos quedaban suspendidos. De hecho, la mayoría de los tribunales prosiguió con el trámite de los arbitrajes a su cargo luego de haber consultado con las partes.

Uno de los principales problemas que se tuvo fue que hubo partes que no tenían acceso remoto a toda la información de defensa que necesitaban, lo que hizo más complicado que en esos casos se siguiera con el procedimiento. Estos casos se suspendieron temporalmente. Sin embargo, la mayoría de las partes o sus abogados contaban con mecanismos que les permitían acceder a toda su información, por lo que pudieron afrontar la continuación del procedimiento sin mayor contratiempo. Por su parte, los árbitros podían contar con casi toda la información presentada en el arbitraje a través de vínculos a la nube.

El 30 de marzo sacamos un segundo comunicado disponiendo el levantamiento de la suspensión y continuación de las actuaciones en aquellos casos en que no se había constituido todavía el tribunal arbitral. En este comunicado se señaló que se iban a tomar todas las medidas posibles para concluir la constitución de estos tribunales. Una vez constituido el tribunal, este podía determinar, en función del acceso de las partes a su propia información, si era necesario que se suspendiera o no el caso. De esta manera se avanzaron los casos hasta la constitución de los tribunales y en aquellos casos en que el tribunal estaba constituido se avanzaba dependiendo de la etapa en que se encontraba.

Cuando nos percatamos de que la situación de emergencia y las restricciones producto de ella se prolongarían a largo plazo, empezamos a trabajar una guía virtual de arbitraje y algunas modificaciones a nuestro reglamento para facilitar la tramitación virtual. El 24 de abril del 2020 emitimos una guía virtual, la cual está publicada en nuestra página web¹, explicando cómo se deben entender ciertos artículos de nuestro reglamento para continuar la tramitación de un arbitraje de manera electrónica y aclarar que no se requería una tramitación “física” para proseguir con los arbitrajes que se encontraban en giro.

Con relación a los casos por iniciarse, hicimos algunos cambios al reglamento que se aplicarían a todos aquellos casos iniciados a partir del 1 de mayo del 2020, incluyendo como regla por defecto que la tramitación de un arbitraje sería electrónica. De hecho, desde antes de la pandemia, esas reglas eran las que el centro proponía, como referencia, al momento en que se debía aprobar la primera orden procesal.

¿Cuánto afecta la normativa que se expidió frente a aquella previa a la pandemia?

En un arbitraje, la normativa procedimental aplicable a un caso es aquella establecida por las partes. En un arbitraje institucional esta normativa está dada por los Reglamentos de la institución. Las partes, en virtud del principio de libertad de procedimiento, pueden acordar realizar ajustes a estas reglas, que es lo que normalmente un tribunal con experiencia recoge en la primera orden procesal.

¹ AmCham Perú. (2020). Guía de arbitrajes virtuales. https://amcham.org.pe/wp-content/uploads/2020/05/Guia_de_Arbitrajes_Virtuales.pdf.pdf

No obstante, lo que ocurrió en el Perú hace más de veinte años, cuando se empieza a desarrollar el arbitraje a nivel doméstico, es que, por desconocimiento de esta figura jurídica, el arbitraje se equiparó a un proceso ordinario, como si fuese un juicio privado. Ha costado mucho revertir esta situación e ir cambiando esa percepción errónea que terminó procesalizando el arbitraje. Lo que tuvimos que hacer las instituciones fue cambiar el chip y promover la práctica de lo que es el arbitraje en realidad, pues el arbitraje está pensado para que el procedimiento se adapte a las necesidades del caso y no que el caso se adapte al procedimiento.

Cuando se inició la pandemia, en el centro veníamos trabajando un nuevo reglamento que ha entrado en vigencia recientemente, a partir del 1 de julio del 2021. Este nuevo reglamento recoge, en gran medida, regulación que sigue estándares internacionales y que veníamos promoviendo en la administración de nuestros casos. Lo que buscamos con el nuevo reglamento es tener un marco más moderno que permita que el arbitraje realmente sea dinámico, rápido y flexible.

Con el inicio de la pandemia tuvimos que acelerar una serie de reformas para que los principales cambios que habíamos concebido en el reglamento se pudieran ir aplicando a los casos nuevos, a través de una reforma parcial del reglamento que estaba vigente desde el 2013. Estos cambios entraron en vigencia el 1 de mayo del 2020 y estaban referidos principalmente a prescindir de una mesa de partes, habilitamos la posibilidad de que las solicitudes de arbitraje sean presentadas por correo electrónico e incluimos expresamente la posibilidad de hacer audiencias virtuales. No es que el reglamento que teníamos en ese momento no lo permitiera, sino que no lo decía expresamente.

Entre estos cambios del reglamento incluimos la obligación de establecer un calendario de actuaciones. Este calendario se aprueba normalmente de manera conjunta con la primera orden procesal, la cual establece la fecha de cada una de las actuaciones hasta la emisión del laudo. También establecimos un plazo distinto para laudar. Antes lo usual aquí en Perú, y que sigue siendo así en otros centros, es que se desarrollaba el arbitraje y recién al final, luego de todas las actuaciones, se fijaba un plazo para la emisión de laudo, que variaba de acuerdo con el reglamento de cada institución. Lo que nosotros hicimos es establecer que el plazo se contara desde el momento de aprobación de las reglas y el calendario de actuaciones, señalando que el tribunal tendría diez meses para llevar a cabo todas las actuaciones y resolver la controversia, incluyendo la emisión del laudo.

Con este cambio ocurría que las partes buscaban, junto con el tribunal, ajustar sus actuaciones en estos diez meses. Evidentemente este plazo es prorrogable porque hay casos que ameritan un procedimiento que dure más, sobre todo cuando hay cuestiones complejas que resolver. No obstante, la prórroga de este plazo tiene que pasar por un filtro del centro. La idea de este sistema es no tener tiempos muertos y volver el procedimiento más eficiente, de tal forma que las partes lo organicen según sus necesidades y las circunstancias

del caso. Entonces, de alguna manera, incentivas a que el procedimiento se ordene dentro de ese tiempo y que, desde un inicio, las partes sepan cuándo tienen que presentar la demanda, cuándo tienen que presentar la contestación, si va a haber reconvenición, cuándo se presenta, cuándo se contesta, cuándo será la audiencia, etcétera. Esto ayuda, tanto al tribunal como a las partes, a ordenar su agenda futura. En la tramitación tradicional tú no sabes cuándo vas a terminar teniendo la audiencia y a veces se lleva por “puchitos”, primero una audiencia de ilustración —así llaman en Perú a las exposiciones de apertura de las partes—, luego una declaración testimonial, después la sustentación de una pericia; entre acto y acto pasaron seis meses y al final ya tienes que presentar las conclusiones y no recuerdas qué pasó en la primera sesión de la audiencia.

Lo que queremos hacer en AmCham es incentivar buenas prácticas, siguiendo los usos internacionales. Esos fueron los cambios principales que promovimos con la virtualidad y que ahora recoge un reglamento bien estructurado, al milímetro, que está vigente a partir del primero de julio del 2021. En verdad, la pandemia aceleró los cambios porque ya se venían dando.

¿Realmente se garantiza el debido proceso en una audiencia virtual, considerando problemas de conectividad (conexión-acceso) y de conocimiento de los medios tecnológicos?

No se debería afectar para nada. ¿Por qué se tendría que afectar el debido proceso? Puede haber problemas, pero un principio fundamental y que es una obligación también de las partes es actuar de buena fe. Creo que a veces se pierde la perspectiva de que ese es un principio rector en el arbitraje. Hay un artículo² expreso en la Ley de Arbitraje en el que se establece que las partes tienen que actuar con buena fe colaborando con el tribunal. Entonces, cuando hay algún problema que no permite seguir de manera adecuada la audiencia, buscas alguna solución alternativa. Al inicio de la pandemia se trataba de seguir protocolos estrictos respecto a tiempos, conectividad y seguridad, hasta que los usuarios se acostumbraron a la dinámica. Ahora, por ejemplo, es muy raro que alguien se queje de la conectividad cuando uno se puede conectar usando la línea del celular.

Una de las cosas que también han cambiado de alguna manera con la virtualidad es el manejo de los tiempos. Las audiencias virtuales no suelen ser tan extensas como las presenciales. No es lo mismo estar cara a cara que interactuar a través de una pantalla. A través de una pantalla te cansas más, te agotas, hay estudios sobre eso. Ustedes lo deben experimentar con sus clases virtuales, el grado de atención que tienen a través de una pantalla no es el mismo que el que tienen en clases presenciales.

2 Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje: “Artículo 38.- Buena fe. Las partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y a colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje”.

Las veces que nosotros hemos tenido problemas técnicos se ha recurrido a la buena fe. Por ejemplo, se reprogramaba la declaración para una hora distinta o se buscaban horas de menor tráfico en internet. Como dije, los usuarios se acostumbraron a la virtualidad. No solo eran las audiencias que se llevaban a cabo de manera virtual, sino toda la vida profesional. Nos acostumbramos a interactuar virtualmente como nueva normalidad. No obstante, siempre hay que tener presente que en Perú puede haber lugares que no tienen un nivel óptimo de conectividad por cuestiones de infraestructura.

Los usuarios de nuestro centro principalmente arbitran controversias en materia comercial, tanto a nivel doméstico como internacional, y suelen tener buena conectividad a internet. Evidentemente siempre podría ocurrir algún inconveniente debido a la saturación de la red en determinadas horas. No obstante, debemos tener en cuenta que puede haber usuarios que no necesariamente se conecten desde una ciudad grande en que los servicios de internet son adecuados. Estas situaciones se pueden dar sobre todo en casos de arbitrajes derivados de contrataciones con el Estado, donde algún caso puede ser presentado contra alguna entidad pequeñita que está alejada o cuya infraestructura necesaria para conectarse no es la mejor. En Lima y otras ciudades grandes es más complicado que una empresa o entidad no tenga un grado de conectividad adecuado. En el caso de arbitrajes internacionales es menos frecuente aún que se presenten problemas de conectividad. En estos casos lo que hay que tomar en cuenta para el desarrollo de las audiencias virtuales, por ejemplo, es la diferencia horaria.

Dudo que el debido proceso se afecte por la virtualidad. Evidentemente, hay diferencias entre la dinámica de una audiencia presencial y la de una virtual porque la forma en que interactúas es distinta. En una audiencia presencial se puede leer el lenguaje corporal, puedes ver al testigo y, a la vez, a los abogados y los miembros del tribunal, lo cual, como abogado, te permite analizar las reacciones que tienen.

En las audiencias virtuales, sin embargo, existen formas de aminorar los efectos de esa falta de interacción directa que te permiten tener un mayor control de lo que ocurre durante la actuación de una prueba. Por ejemplo, para brindarles mayor transparencia a las partes, lo que se suele hacer es colocar una cámara de 360 grados a efectos de que se vea todo el espacio físico donde está un testigo o perito, de tal forma que se pueda constatar que nadie está condicionando al testigo o perito. Lo ideal para desarrollar de manera adecuada una audiencia virtual es establecer reglas previas que deben cumplirse durante su desarrollo. Por ejemplo, identificar previamente los documentos a los que se va a hacer referencia en ella de tal forma que estos documentos estén disponibles para ser revisados en un *link* y puedan ser proyectados en pantalla cuando se requiera; establecer reglas claras de usos de tiempos, etcétera.

¿Considera que las audiencias virtuales serán una medida temporal o van a perdurar en el tiempo?

Va a depender de cada caso y del tipo de audiencia que requieras. Una audiencia virtual tiene pros y contras. Una de las cosas más positivas de las audiencias virtuales es que te permiten ahorrar tiempo, por ejemplo, de desplazamiento, sobre todo cuando ese desplazamiento implica un viaje de un país a otro. A nivel de arbitrajes domésticos también es un alivio para la mayor parte de los usuarios no tener que permanecer horas en el tráfico. Si estás en un caso relativamente sencillo en el que no se requiere interactuar con un testigo o perito, para muchos abogados es más cómodo que se realice de manera virtual. También va a haber ocasiones en que, por la complejidad del caso, las partes prefieran tener una audiencia presencial. Poder realizar una audiencia virtual, la verdad, es una herramienta más. No es que se vaya a quedar o no, sino que está a disposición de las partes como cualquier otra herramienta. Antes solamente usábamos la opción presencial; ahora tenemos una herramienta más que puede volver más eficiente el arbitraje: ganas tiempo y evitas viajes. Por ejemplo, no es necesario que traigas a Lima a un testigo que está en Chile; lo puedes hacer declarar de manera virtual, pero —claro— pierdes esa riqueza que te da tenerlo frente a frente.

Depende de las partes tener un arbitraje presencial, o sea, el arbitraje es de las partes, estas buscan adaptar el procedimiento al caso que tienen, sus tiempos y la manera en la que pueden llevar las audiencias. Así funciona a nivel internacional y aquí poco a poco se ha ido aprendiendo; me refiero en líneas generales porque también hay, desde hace algún tiempo, *practitioners* sofisticados. Nosotros tratamos de promover las mejores prácticas, que las partes se pongan de acuerdo sobre cómo quieren llevar el arbitraje y las audiencias y si no se ponen de acuerdo decide el tribunal. Un tribunal que tiene experiencia y conoce cómo funciona el mecanismo va a promover el acuerdo de las partes en cuestiones procedimentales, lo va a facilitar, les va a dar pautas, y los operadores que son más sofisticados se ponen de acuerdo, informan al tribunal sobre los puntos que han acordado y sobre qué estaría pendiente definir. El tribunal decidirá cómo ordena las cosas sobre las que la parte no se ha puesto de acuerdo, pero normalmente las partes se ponen de acuerdo en las cosas más importantes y las cosas fluyen.

Frente a esta coyuntura, ¿cuál es la perspectiva por parte de los usuarios acerca del arbitraje? ¿Hay alguna concientización respecto a su eficacia?

Hay dos tipos de usuarios. A los usuarios sofisticados que ya conocían el sistema desde antes de la pandemia lo único que se les ha cambiado un poco es la virtualidad de las audiencias. Al respecto, los usuarios sofisticados manejan bien las herramientas. Cada vez son más los estudios que las manejan con prolijidad y los árbitros también. Es importante que se tenga a árbitros con experiencia. Ha ayudado mucho la presencia de árbitros

extranjeros en arbitrajes domésticos porque traen un estándar más alto de práctica. Eso se va reproduciendo y poco a poco se genera un efecto cascada.

Los más sofisticados son los primeros en aplicar los procedimientos como corresponde, como son los estándares internacionales, y poco a poco el usuario común, por decirlo de una manera, va adaptándose a las mejores prácticas. Siempre hay un esfuerzo de las instituciones arbitrales de ser pedagógicas sobre ese punto. Los invito a ver la página web de AmCham, donde pueden encontrar los vídeos de *Arbitration Unplugged*³, que es una serie de webinarios en los que se habla de buenas prácticas a nivel de prueba y procedimiento y también se discuten otros aspectos vinculados al arbitraje; por ejemplo, temas de incumplimiento por fuerza mayor derivados de la pandemia. También tenemos alguna edición dedicada a la virtualidad en el arbitraje, aspectos de organización del procedimiento y manejo de tiempos. Hay bastantes cosas que les pueden servir.

El rol que tienen las instituciones arbitrales para mejorar los estándares de práctica en el arbitraje es fundamental. Cuando converso con potenciales usuarios, les hago ver que lo que las instituciones arbitrales ofrecemos como producto son dos cosas: el manejo técnico que se refleja, por ejemplo, en las reglas y la confianza. Tú nos estás encomendado el manejo de tu caso, por lo que el punto central siempre es la confianza. ¿Qué te da esa confianza si no es la idoneidad de la gente, la experiencia, el nivel profesional y el manejo de las cuestiones técnicas?

REFERENCIAS

AmCham Perú. (2020). *Guía de arbitrajes virtuales*. https://amcham.org.pe/wp-content/uploads/2020/05/Guia_de_Arbitrajes_Virtuales.pdf.pdf

Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje. (2008, 1 de septiembre).

3 *Arbitration Unplugged* es un espacio creado por el Centro Internacional de Arbitraje de AmCham Perú con el propósito de generar difusión y discusión en materias y prácticas vinculadas al arbitraje internacional a través de distintos formatos en línea como webinarios, pódcast, etcétera. Véase el siguiente enlace: <https://amcham.org.pe/arbitraje/arbitration-unplugged/>

ENTREVISTA A MARIANELLA VENTURA SILVA*

SOBRE EL ARBITRAJE

¿Cómo ha sido la adaptación del sistema arbitral al entorno virtual? ¿En qué medida afectó la pandemia en el arbitraje?

La pandemia fue una situación de crisis que forzó al arbitraje a abrazar los medios tecnológicos. Ello no solo para salir adelante en el peor momento de la crisis sanitaria, sino también para tener un arbitraje más eficiente, salvaguardando el cumplimiento de las reglas y los principios que lo rigen y las garantías que ofrece. En otras palabras, la pandemia le dio un tremendo impulso al sistema arbitral, especialmente de cara a un mayor uso de la tecnología en la conducción de las actuaciones. Por ejemplo, en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima contamos con un reglamento de arbitraje moderno, vigente desde el 1 de enero del 2017, que prevé la posibilidad de realizar audiencias virtuales y videoconferencias. Sin embargo, antes de la pandemia, las audiencias virtuales no eran lo usual; mientras que hoy en día vemos que, pese a tener la posibilidad de realizar audiencias presenciales, los usuarios siguen prefiriendo las virtuales.

Por otro lado, si bien desde el 2018 contamos con la “mesa de partes virtual”, una plataforma digital mediante la cual los usuarios pueden presentar sus solicitudes de arbitraje y que sustituye a todos los efectos la mesa de partes física que se encuentra en el local institucional del centro, antes de la pandemia nuestros usuarios casi no usaban esta plataforma, que hoy en cambio constituye nuestro canal principal de recepción de solicitudes. Por lo tanto, la pandemia ha generado la oportunidad para un cambio de mentalidad de los usuarios, quienes han comenzado a aprovechar las herramientas digitales que ofrece la institución para tramitar los arbitrajes de manera más ágil y eficiente, lo que se traduce en una adaptación muy buena del sistema arbitral al entorno virtual.

* Abogada por la Università degli Studi di Pavia, Italia, con el título revalidado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Arbitraje Comercial Internacional por la Stockholm University, Suecia. Secretaria general del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

La entrevista fue elaborada por la revista *Ius et Praxis* y realizada por Josué Pérez, Camila Zumaeta y Mateo Dueñas, estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

¿Cómo se afectaron los casos en trámite al iniciar la pandemia? ¿Cuál fue el efecto de la suspensión de plazos?

Cuando el Gobierno del Perú decretó el estado de emergencia el domingo 15 de marzo del 2020, convocamos a una sesión de urgencia del Consejo Superior de Arbitraje del Centro, en la que este acordó suspender todos los plazos aplicables a los arbitrajes bajo nuestra administración mientras durara la medida o el consejo emitiera un pronunciamiento al respecto. Se trató de una medida necesaria en tanto en cuanto la mayoría de nuestros usuarios se encontraban ante la imposibilidad de acceder a sus oficinas y expedientes físicos y temían caer en indefensión.

Desde ese momento trabajamos para atender las necesidades de nuestros usuarios y, así, favorecer la reactivación de los arbitrajes. Con este fin, nos enfocamos en dos frentes. En primer lugar, potenciamos nuestro *software* Arbitraje Online, que constituye el expediente virtual de las partes. Previamente a la pandemia, los usuarios presentaban sus escritos de manera física o mediante correo electrónico y estos eran posteriormente cargados de forma manual en el sistema. Ante la imposibilidad de seguir operando de esta manera, implementamos en la plataforma la funcionalidad por la cual los usuarios pueden cargar cualquier escrito o comunicación directamente en su expediente virtual, el cual se alimenta ahora automáticamente en tiempo real e incluye todas las actuaciones, incluso los videos de las audiencias realizadas.

En segundo lugar, en abril del 2020 el Consejo Superior de Arbitraje emitió la Nota Práctica 1/2020, mediante la cual exhortó a los tribunales arbitrales que no contaban con reglas que permitieran desarrollar el arbitraje en forma electrónica a adaptarlas a las nuevas necesidades. Entre las nuevas reglas, se consideró la presentación y notificación de escritos en forma electrónica, la realización de audiencias virtuales y la firma de laudos y resoluciones integrantes a través de medios digitales. Si bien nuestro reglamento permitía la adopción de estas reglas, hasta ese entonces su incorporación en los arbitrajes no reflejaba la práctica de la mayoría de los tribunales arbitrales. Felizmente, hoy en día casi todos nuestros arbitrajes se realizan de manera 100 % virtual.

¿Cuánto afecta la normativa que se expidió frente a aquella previa a la pandemia?

Nuestro reglamento de arbitraje postula un procedimiento arbitral moderno, que incluye la posibilidad de usar la tecnología para su conducción. Por ejemplo, prevé la notificación de comunicaciones y escritos a las partes mediante correo electrónico y la realización de audiencias o conferencias entre el tribunal arbitral y las partes a través de medios tecnológicos. Sin embargo, antes de la pandemia, la gran mayoría de las audiencias eran en físico, así como muchas de las notificaciones, etcétera.

El cambio que se generó a través de la emisión de la Nota Práctica 1/2020 impactó en la práctica arbitral de los tribunales arbitrales. Mediante esta nota, el Consejo Superior

de Arbitraje exhortó a los tribunales a modificar sus prácticas y adaptar las órdenes procesales de reglas de los arbitrajes que tenían en curso para permitir la presentación y notificación de escritos y comunicaciones de forma electrónica, la realización de audiencias virtuales y la firma del laudo a través de medios digitales, su depósito de manera electrónica y su notificación a las partes también por vía electrónica.

¿Realmente se garantiza el debido proceso en una audiencia virtual, considerando problemas de conectividad (conexión-acceso) y de conocimiento de los medios tecnológicos?

Considero que las audiencias virtuales sí permiten garantizar el debido proceso. Para ello, es necesaria una buena organización del arbitraje y de la audiencia; reglas claras sobre la conducción de la audiencia; realizar pruebas técnicas con antelación a esta; una asistencia oportuna y ágil por parte de la secretaría arbitral y, en caso de que se considere necesario, de asistentes técnicos. Si se verificaran problemas insuperables de conexión, el tribunal arbitral podrá siempre reprogramar la diligencia.

¿Usted considera que las audiencias virtuales serán una medida temporal o van a perdurar en el tiempo?

Creo que en el futuro se seguirán realizando muchas audiencias virtuales, sobre todo dependiendo del tipo de audiencia. Nuestro reglamento propone la realización de una audiencia única, lo que refleja las mejores prácticas internacionales en la materia. Estos dos años de pandemia nos han dado tiempo suficiente para aprender a realizar las audiencias en forma virtual, aprender todas las técnicas y consolidarnos en ellas; además, favorecen eficiencias, en términos de tiempo y dinero. Seguramente en el futuro habrá algunos casos, por ejemplo, para la examinación de testigos o peritos, en los que las partes o el tribunal arbitral preferirán realizar audiencias presenciales, pero creo que la gran mayoría de audiencias seguirán siendo virtuales.

Un dato significativo es que, si bien desde mayo del 2020 el centro trabaja en forma híbrida, existiendo por lo tanto la posibilidad de realizar audiencias presenciales, en todo este tiempo solo hemos tenido una, es decir, nuestros usuarios aún no han sentido la necesidad de tener audiencias presenciales. Y un dato curioso es que, antes de la pandemia, nuestro promedio era de cincuenta audiencias mensuales, mientras que ahora realizamos unas cien audiencias virtuales al mes. Considero que este fenómeno, en larga medida, es consecuencia de la virtualización, ya que, por un lado, los arbitrajes se han dinamizado y, por el otro, los árbitros cuentan con mayor disponibilidad para fijar audiencias, ya que no pierden tiempo valioso en el tráfico de nuestra ciudad.

Frente a esta coyuntura, ¿cuál es la perspectiva por parte de los usuarios acerca del arbitraje? ¿Hay alguna concientización respecto a su eficacia?

Por la flexibilidad que lo caracteriza, ha respondido muy bien frente a la pandemia y se ha podido adaptar a la nueva realidad y a las nuevas necesidades de sus usuarios. Por otro lado, creo que, sin duda, los usuarios del arbitraje han podido apreciar estas bondades y las valoran. Encuentro la confirmación de esto en el número siempre creciente de solicitudes de arbitraje que recibimos, así como en el número particularmente elevado de solicitudes de arbitraje de emergencia recibidas durante los dos años de la pandemia, lo que demuestra que los usuarios consideraron ese procedimiento como uno bastante eficaz frente a la alternativa judicial.

En suma, creo que el arbitraje sale de esta pandemia fortalecido y, desde el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, reafirmamos el compromiso frente a nuestros usuarios de seguir mejorando nuestro servicio, de la mano con la tecnología, la transparencia y la institucionalidad, en la búsqueda de una siempre mayor eficiencia y asegurando los más altos estándares de integridad.

INFORMACIÓN ADICIONAL

CÓDIGO DE ÉTICA

Lineamientos de conducta ética de la revista *Ius et Praxis* de acuerdo con las directrices del Committee on Publication Ethics (COPE).

1. DE LOS AUTORES

Ius et Praxis solicita a los autores seguir las siguientes prácticas:

- La norma de citación que se emplea proviene del manual de la American Psychological Association (APA), séptima edición en inglés, por lo que las fuentes utilizadas (ya sea de citas textuales o paráfrasis) deben ser colocadas en la lista final de referencias según las pautas APA.
- Se exige la autenticidad y originalidad de todo artículo ingresado al proceso editorial.
- Cuando la autoría sea múltiple, es responsabilidad del autor principal señalar el orden de los nombres de los autores.
- Todo autor es responsable de la integridad de su texto. En caso de plagio o disputa por derechos de autor, se atribuye la responsabilidad a todos los autores hasta que se demuestre lo contrario.
- Los agradecimientos y reconocimientos atribuidos a los colaboradores de la investigación se deben consignar como nota a pie de página.
- Los autores podrán solicitar información al editor guardando siempre la formalidad y el respeto. No se tolera, bajo ninguna forma, hostilidades ni expresiones denigratorias.

2. DE LOS ARTÍCULOS

Ius et Praxis considera como prácticas reprobables las siguientes:

- El plagio en todos sus sentidos. Ello comprende a la redacción o inclusión de gráficos de propiedad de otro autor o publicado en otro medio. Tampoco se acepta el autoplagio ni la publicación parcial o total de las ideas de otros autores publicados en otros medios sin su debida citación y referencia.
- Multiplicación de envíos. Bajo ninguna forma se podrá postular el mismo artículo en otra revista o publicación de manera simultánea durante el proceso de arbitraje y edición de la publicación.
- Falsificación de datos. La aplicación de procedimientos metodológicos fraudulentos o que falsifiquen las fuentes primarias.
- Tratamiento inadecuado de datos. Se produce cuando los datos o fuentes en los que se basan los resultados no son accesibles y el autor hace un uso inadecuado de ello.
- Vulneración a los derechos de autor. Se emplea cuando no se reconoce como autores del artículo a aquellos que hicieron una contribución intelectual significativa en la calidad del texto.
- Conflictos de interés. Esto es atribuible a los autores que tengan algún interés de tipo económico, profesional o de cualquier otra índole que afecte el tratamiento y neutralidad de los datos y la formulación de los resultados.

3. ACCIONES FRENTE A PRÁCTICAS REPROBABLES

De presentarse los actos reprobables, el editor se comunicará con el autor y solicitará la aclaración de la información. Si el artículo está en revisión, el proceso se suspenderá hasta la clarificación. Queda a discreción del editor aceptar la aclaración y continuar con su revisión, o denegar y proceder a rechazar el artículo. La decisión del equipo editorial es inapelable.

4. COMPROMISOS DE LOS REVISORES

Los revisores de *Ius et Praxis* deben tener en cuenta lo siguiente:

- Conflicto de interés. Abstenerse de evaluar un artículo si existe algún condicionamiento de tipo económico, profesional o de otra índole que influya en la evaluación.
- Falta de experiencia. Informar al equipo editorial si consideran que no reúnen la suficiente experiencia académica y científica para evaluar el contenido del artículo.

- Neutralidad e imparcialidad. Desistir de la evaluación si se identifica al autor o alguno de los autores.
- Dedicación. Garantizar el tiempo para llevar a cabo una revisión metódica, rigurosa y justa del artículo considerando que este se encuentra en periodo de embargo y los autores, revisores y editores no pueden difundir los contenidos.
- Colaboración y contribución. Sustentar de manera asertiva y constructiva sus dictámenes. No se admiten expresiones hostiles ni juicios basados en la nacionalidad, la religión, el género y otras características inferidas a partir del artículo.
- Confidencialidad. El proceso de arbitraje es confidencial antes, durante y después del proceso de arbitraje. No difundir ni discutir con otras personas o en contextos públicos el contenido, ni hacer uso del contenido del artículo para fines personales o institucionales.
- Recomendaciones a los autores. Evitar recomendaciones que afecten la neutralidad y confidencialidad del proceso de arbitraje.
- Aspectos éticos. Informar en su dictamen si encuentran irregularidades de índole ética en la investigación: plagio, autoplagio, falseamiento de fuentes, faltas en el tratamiento de datos y omisiones en la protección de datos personales.

5. ACCIONES FRENTE A PRÁCTICAS REPROBABLES DE LOS REVISORES

Si no se cumplen las responsabilidades establecidas, el editor se comunicará con el revisor y le solicitará la información necesaria para aclarar el problema.

- Conflicto de interés. Ante un conflicto de intereses, el revisor no podrá participar en la revista y su evaluación será inmediatamente anulada.
- Neutralidad. Si la neutralidad se ve comprometida, el equipo editorial solicitará la aclaración debida.
- Plazos. Si el revisor no puede cumplir con los plazos, debe informar al equipo lo antes posible para poder solicitar una extensión de plazo. Si el revisor no cumple con el plazo ni se comunica con el equipo, este será entendido como no interesado y se procederá a terminar la condición de revisor.
- Comentarios derogativos o prejuiciosos. Los revisores deben evitar cualquier lenguaje sesgado. De lo contrario, el equipo editorial solicitará la aclaración al revisor y, en caso de que no se acepte dicha aclaración, se anulará. El equipo editorial se reserva el derecho de editar partes de la opinión del revisor para mantener el anonimato y la neutralidad.

6. COMPROMISO DEL EQUIPO EDITORIAL Y LOS EDITORES ADJUNTOS

Ius et Praxis se compromete a llevar a cabo las siguientes prácticas:

- Evaluación previa. La evaluación previa es realizada por el equipo editorial de *Ius et Praxis* sobre la base de las normas de publicación sin discriminación alguna por motivos de religión, género, raza o cualquier otro.
- Selección de revisores. Los revisores son elegidos por su experiencia y grado académico para garantizar la debida revisión del artículo en cuestión para la posterior publicación de un artículo de calidad.
- Confidencialidad. La información contenida en los artículos es materia de confidencialidad y no se permite difusión alguna en el proceso de edición.
- Acceso abierto. Esta revista proporciona su contenido en acceso abierto, basado en el principio de que ofrecer al público un acceso libre a las investigaciones ayuda a un mayor intercambio global del conocimiento.
- Derechos de autor. *Ius et Praxis* se publica bajo la licencia Creative Commons Atribución 4.0.
- Preservación. El Fondo Editorial de la Universidad de Lima periódicamente realiza copias de seguridad de los contenidos de la revista. También se encuentra publicada en la misma página web de la revista.

REFERENCIAS

Contratexto. (s. f.). *Ética editorial*. Universidad de Lima. <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/contratexto/eted>

Kleinert, S., & Wager, E. (2011). Responsible research publication: international standards for editors. A position statement developed at the 2nd World Conference on Research Integrity, Singapore, July 22-24, 2010. En T. Mayer & N. Steneck (Eds.), *Promoting Research Integrity in a Global Environment* (pp. 317-328). Imperial College Press; World Scientific Publishing. https://publicationethics.org/files/International%20standard_editors_for%20website_11_Nov_2011%20%281%29.pdf

POLÍTICA EDITORIAL Y NORMAS PARA COLABORADORES

Ius et Praxis es la revista oficial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Tiene una periodicidad semestral y se dirige a toda la comunidad académica interesada en difundir y formar parte de la investigación jurídica, manteniendo un rol activo en los cambios y transformaciones que ocurren dentro y fuera del ámbito del derecho, siempre bajo una óptica que permite el intercambio de ideas y el fomento del diálogo.

Buscamos brindar información de calidad y relevante para la coyuntura, la cual es de acceso ilimitado y gratuito a toda la comunidad.

NORMAS PARA COLABORADORES

Ius et Praxis, revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, tiene por objetivo la difusión de artículos para promover la cultura jurídica a través de la reflexión, el análisis y la investigación.

Los interesados en publicar en *Ius et Praxis* deberán enviar sus artículos en formato Word a la plataforma según las pautas establecidas en este medio. Asimismo, para más información, comunicarse al teléfono 437-6767 o escribir al siguiente correo: informes@iusetpraxis.ulima.edu.pe.

Los autores cuyos trabajos no cumplan con dichas características serán informados sobre la decisión y no serán sometidos a la siguiente fase de evaluación.

La revista agradece a los autores que la redacción de los artículos que deseen publicar tome en cuenta las siguientes normas:

1. La revista recibe artículos originales, inéditos y no enviados para su publicación en ningún otro medio. Ellos son objeto de revisión bajo un sistema de arbitraje a doble ciego, mediante evaluadores externos a los editores de la revista, profesionales en la materia del artículo, quienes tienen la facultad de aprobar, rechazar o sugerir una modificación dentro del artículo para su posterior publicación.

2. La temática de los artículos es de libre elección del autor, y la revista se reserva el derecho de publicar aquellos que considere de mayor interés. Sin perjuicio de ello, la revista puede dedicar algunos de sus números a temas específicos.
3. Los artículos pueden ser científicos, técnicos, de opinión o comentario, y deben ser enviados a través de la página web de la revista. Para ello, el autor debe crearse un usuario y enviar su artículo.

Debe incluir un resumen del *curriculum vitae* del autor en no más de cinco líneas, en que se indique teléfono, correo electrónico, identificador ORCID y dirección postal.

El autor cede y transfiere en forma exclusiva, mediante declaración jurada dirigida a la Dirección de la revista, el derecho de publicar, distribuir y divulgar sus artículos en *Ius et Praxis*, tanto en forma física como virtual, en el país y en el extranjero.

4. El autor es responsable exclusivo del contenido, la autoría y la originalidad de su artículo.
5. El formato de los artículos debe seguir las pautas del manual de la American Psychological Association (APA), séptima edición en inglés.
6. Respecto al formato del artículo, las páginas deben estar numeradas y ser como mínimo 10 y como máximo 20, escritas en letra tipo Times New Roman, tamaño 12, a espacio de 1,5 de interlineado, con márgenes de 3 centímetros.

El artículo debe contener un resumen con un máximo de 12 líneas y a lo sumo 7 palabras clave. Asimismo, el título del artículo no debe exceder de 12 palabras. El texto puede incluir diagramas, ilustraciones, figuras, tablas y recuadros únicamente en blanco y negro, y en un número no mayor de cinco.

7. En caso de desistimiento respecto a la publicación, deberá comunicarlo a la brevedad posible al correo señalado anteriormente. El plazo máximo para esta comunicación es de no más de dos semanas desde su confirmación.
8. El formato de los artículos debe seguir las pautas del manual de la American Psychological Association (APA), incluyendo lo siguiente:
 - Título (en español e inglés) y autor con su respectiva filiación académica
 - Resumen o *abstract* (en español e inglés)
 - Palabras clave o *keywords* (en español e inglés)
 - Introducción
 - Materiales y métodos

- Resultados
- Discusión
- Conclusiones
- Referencias bibliográficas

9. Características:

En la primera página se incluye lo siguiente:

- Título en español y en inglés en negrita, en tipo de fuente Times New Roman de 12 puntos.
 - Nombre del autor o los autores. Se coloca debajo de él la filiación institucional y se incluye en una nota al pie de página información sobre la filiación institucional, la ciudad, el país, la profesión y el grado académico.
 - Resumen o *abstract*. Es un texto breve en español e inglés que incluye las ideas centrales. Comprende de 150 a 250 palabras.
 - Palabras clave o *keywords*. El artículo debe incluir un máximo de 7 palabras clave.
 - Cuerpo. El artículo debe contar con un mínimo de 7000 palabras. Puede haber excepciones cuya motivación ha de ser autorizada previamente por el editor. Los párrafos no inician con sangría.
10. Publicada la revista, cada autor recibirá mediante correo electrónico la versión PDF de su artículo contemplado en la edición, la versión PDF de toda la publicación y el enlace de acceso en línea.
11. Los autores deberán considerar las siguientes pautas para la elaboración de sus artículos:
- La mención de una obra o referencia se hará en la forma (autor, fecha), es decir, colocando entre paréntesis el autor y el año de la publicación en el mismo texto. Ejemplo: (Fernández, 2009).
 - Las citas textuales de menos de cuarenta palabras deben escribirse entre comillas e indicar al final la referencia bibliográfica. Ejemplo: "El índice delincencial en Lima ascendió a 13 % en el año 2015" (Villar, 2016, p. 18).
 - Las citas textuales de más de cuarenta palabras deben escribirse en párrafo aparte, sin comillas, con sangría y el tamaño de letra debe disminuirse en un punto. Ejemplo:

La adaptación partidaria depende no exclusivamente de incentivos económicos, sino también de incentivos electorales. A ese respecto, el factor que sobreviene más importante lo constituye la locación de la amenaza electoral. En efecto, los partidos de base populista enfrentan desafíos potenciales en dos frentes. Para algunos, la principal amenaza electoral proviene de competidores de centro o de centro derecha que se abren camino entre el electorado de clase media. Estos partidos populistas enfrentan el riesgo de “guetización” electoral, esto es, ser confinados a sus declinantes bases trabajadoras y de clase baja. (Burgess y Levitsky, 2003, pp. 885-886)

Para mayor información podrá consultarse el manual de APA publicado por la Biblioteca de la Universidad de Lima.

11. Las notas para algún comentario o alcance que fueran necesarias se ubicarán al pie de la página del texto. Cabe precisar que se debe evitar su uso para colocar datos bibliográficos.
12. La reseña bibliográfica debe corresponder a las citas del texto y estar ordenada en forma alfabética, sin numeración. Para mayor información se sugiere revisar el manual de APA publicado por la Biblioteca de la Universidad de Lima.



UNIVERSIDAD
DE LIMA

Recuperando la confianza en el arbitraje. Últimas implementaciones de las instituciones arbitrales para hacerlo más célere y transparente

Balance del arbitraje: a los veinticinco años de su entrada en vigencia

La “extensión” del convenio arbitral: el enfoque desde el derecho contractual

La etapa preconcursal y su eventual incompatibilidad con el convenio arbitral

Las cláusulas de estabilización en los contratos de inversión y el arbitraje internacional

Procedimientos sin audiencias en el arbitraje comercial internacional

Nulidad del laudo arbitral por falta de motivación a pesar de haberse estimado la solicitud de interpretación

Arbitraje en el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT)

Arbitraje laboral y arbitraje popular: juntos, pero no revueltos